

**XVIII Encontro da FENAFIM - Federação Nacional dos Auditores e  
Fiscais de Tributos Municipais**

**INCREMENTANDO AS RECEITAS PRÓPRIAS  
MUNICIPAIS POR MEIO DA AÇÃO ANTIELISIVA:  
O CASO DOS *SHOPPING CENTERS***

**DENISE DE CARVALHO LIMA**

Auditora de Tributos Municipais da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

**EDUARDO DE MATTOS PINTO COELHO**

Auditor de Tributos Municipais da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte

I Concurso de Monografias da FENAFIM  
Tema: Incrementando as receitas próprias

**Salvador, Novembro de 2006**

---

Lima, Denise de Carvalho; Coelho, Eduardo de Mattos Pinto

Incrementando as receitas próprias municipais por meio da ação antielisiva: o caso dos *shopping centers* / Denise de Carvalho Lima, Eduardo de Mattos Pinto Coelho – Salvador: FENAFIM, 2006.

Monografia – XVIII Encontro da FENAFIM, Salvador, BR – BA, 2006.

1. Incremento da arrecadação. 2. Elisão fiscal. 3. *Shopping center*. 4. Tipicidade e incidência tributária.



Agradeço ao colega Alessandro Giuseppe Marchese, gerente da GEFIET/SMAAR  
pelo apoio e incentivo a este trabalho.

Denise de Carvalho

Agradeço ao colega Milton Rodrigues Alves, meu gerente na GEINFE/SMAAR pelo  
gentil apoio à elaboração da monografia.

Dedico este trabalho à memória do Auditor Francisco Túlio Dhom Lemos, pela  
amizade.

Eduardo Mattos

Dedicamos esta monografia à categoria de Auditores Tributários da Prefeitura de  
Belo Horizonte e ao SINFISCO, entidade que a representa.

## ÍNDICE

|            |   |    |
|------------|---|----|
| <b>I</b>   | <b>Objetos de estudo</b> .....  | 6  |
| <b>II</b>  | <b>Introdução</b> .....   | 6  |
| <b>III</b> | <b>O Combate à elisão</b> .....   | 10 |
| III.1      | Introdução.....   | 10 |
| III.2      | A controvérsia é a regra.....   | 10 |
| III.3      | Breve conceito de elisão.....   | 15 |
| III.4      | Interpretação econômica no Direito Tributário.....  | 16 |
| III.5      | Abuso de direito.....   | 23 |
| III.6      | Simulação – Dissimulação.....   | 24 |
| III.7      | Fraude à lei.....   | 26 |
| III.8      | Abuso de forma e abuso de direito.....  | 27 |
| III.9      | Negócio jurídico indireto – Negócio jurídico simulado.....  | 27 |
| <b>IV</b>  | <b>Centros comerciais planejados – Os <i>shopping centers</i></b> .....                                 | 29 |
| IV.1       | Histórico e Conceito.....   | 29 |
| IV.2       | Panorâmica econômica do setor de <i>shopping centers</i> .....  | 32 |
| IV.2.1     | Representatividade econômica do setor.....  | 32 |
| IV.2.2     | Tipos de <i>shopping centers</i> , distribuição geográfica, emprego e expansão.....                     | 33 |
| IV.3       | Conceitos básicos associados.....   | 39 |
| IV.3.1     | <i>Tenant Mix</i> .....   | 39 |
| IV.3.2     | <i>Mall</i> .....   | 41 |
| IV.3.3     | Fundo de Comércio.....  | 42 |
| IV.3.4     | <i>Res Sperata</i> .....  | 44 |
| IV.4       | Formas de associação ao empreendimento.....   | 45 |
| IV.5       | Relações jurídicas entre os empreendedores-administradores e os lojistas.....                           | 50 |
| <b>V</b>   | <b>Tipificação dos serviços prestados pelos <i>shopping centers</i> e capacidade contributiva</b> ..... | 63 |
| V.1        | Tipificação.....  | 63 |
| V.2        | Capacidade contributiva.....  | 67 |
| V.3        | Importante: A Receita Federal e os <i>shopping centers</i> .....  | 67 |
| <b>VI</b>  | <b>Metodologia</b> .....  | 69 |
| <b>VII</b> | <b>Conclusão</b> .....  | 74 |
|            | <b>Bibliografia</b> .....   | 75 |

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

|           |  |
|-----------|--|
| a.C.      | Antes de Cristo  |
| ABL       | Área Bruta Locável   |
| ABRADT    | Associação Brasileira de Direito Tributário                      |
| ABRASCE   | Associação Brasileira de <i>Shopping Centers</i>                 |
| ALSHOP    | Associação Brasileira de Lojistas de <i>Shopping Centers</i>     |
| BID       | Banco Interamericano de Desenvolvimento                          |
| BNDES     | Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social             |
| CADE      | Conselho Administrativo de Defesa Econômica                      |
| CEBRAP    | Centro Brasileiro de Análise e Planejamento                      |
| c.        | Cerca de   |
| CTN       | Código Tributário Nacional                                       |
| CVM       | Comissão de Valores Mobiliários                                  |
| ESAF      | Escola de Administração Fazendária                               |
| FMI       | Fundo Monetário Internacional                                    |
| GEFIET    | Gerência Fiscalização e Estimativa Tributária                    |
| GEIFE     | Gerência de Inteligência e Fiscalização Estratégica              |
| GEINFE    | Gerência de Inteligência Fiscal                                  |
| IBGE      | Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística                  |
| ICSC      | <i>International Council of Shopping Center</i>                  |
| IPEA      | Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada                         |
| p.        | Página(s)  |
| PBH       | Prefeitura de Belo Horizonte                                     |
| REITS     | <i>Real Estate Investment Trust</i>                              |
| SINFISCO  | Sindicato dos Auditores de Tributos Municipais de BH             |
| SMF/PBH   | Secretaria Adjunta de Finanças da Prefeitura Municipal de BH     |
| SMAAR/PBH | Secretaria Adjunta de Arrecadações da Prefeitura Municipal de BH |
| STF       | Supremo Tribunal Federal   |
| STJ       | Superior Tribunal de Justiça                                     |

## LISTA DE FIGURAS

|              |  |    |
|--------------|--|----|
| Figura IV.1  | Perfil dos <i>Shopping Centers</i> – Ocupação de <i>Mall</i> ..... | 30 |
| Figura IV.2. | Principais atividades de lojas âncora.....                         | 40 |
| Figura IV.3. | <i>Mall</i> .....  | 42 |

## LISTA DE TABELAS

|             |  |    |
|-------------|--|----|
| Tabela IV.1 | Número de <i>shopping centers</i> por tipo de <i>shopping</i> .....                                  | 34 |
| Tabela IV.2 | Número de <i>shopping centers</i> por região.....  | 34 |
| Tabela IV.3 | Número de lojas em <i>shopping centers</i> por região.....   | 35 |
| Tabela IV.4 | Número de lojas por tipo de <i>shopping center</i> .....   | 35 |
| Tabela IV.5 | Número de novos <i>shopping centers</i> por região (em construção ou em projeto).....                | 37 |
| Tabela IV.6 | Número de novas lojas em <i>shopping centers</i> por região (em construção ou em projeto).....       | 37 |
| Tabela V.1  | Itens selecionados da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003..... | 64 |

## I. OBJETOS DE ESTUDO

O objetivo desta monografia é contribuir com o incremento de receitas próprias dos municípios por meio da ação antielisiva do Fisco.

Para tal, faremos exame de questões relacionadas à elisão fiscal, propugnando a adoção de conceitos, métodos e entendimentos de alcance e aplicabilidade geral. Para fins de ilustração, mas que permitem uma imediata ação dos fiscos municipais, apresentamos e discutimos o caso dos *shopping centers*. Tal exame pode ser aplicado de modo similar às elisões identificáveis na corretagem de imóveis, nas sociedades profissionais e nos setores de locação de bens móveis, por exemplo.

Examinaremos questões relativas à relação jurídica estabelecida entre os empreendedores e administradores dos *shopping centers* com os respectivos lojistas. Faremos a contraposição dessa relação jurídica com os fatos e vamos esquadrihá-la sob a ótica da elisão fiscal focando os serviços implícitos e tributáveis pelo ISSQN inerentes à relação factual, buscando uma interpretação mais adequada e, conseqüentemente, uma aplicação justa e eqüitativa da legislação tributária.

## II. INTRODUÇÃO

Como Auditores de Tributos, temos em nosso elenco de atribuições e deveres a contribuição para o aperfeiçoamento do sistema fiscal, a prevenção e o combate à fraude e à evasão fiscal e a promoção da justiça e da eqüidade fiscal. Se o incremento da arrecadação é a meta principal, não podemos negligenciar os princípios da eqüidade tributária que incluem consideração da capacidade de pagamento<sup>1</sup> e dos benefícios recebidos pelo contribuinte derivados das ações governamentais<sup>2</sup>. Já dizia Adam Smith: *"os cidadãos de qualquer Estado devem contribuir para o suporte do Governo, tanto quanto possível, na proporção de sua capacidade, ou seja, da renda que usufruem sob a proteção do Estado"*<sup>3</sup>.

Tendo como motivações esses princípios, a presente monografia defende que uma das principais vias que leva ao incremento das receitas próprias municipais é a que passa pela ação antielisiva do Fisco, a que busca a eqüidade e a justiça fiscal

---

<sup>1</sup> Princípio da Capacidade Contributiva.

<sup>2</sup> Princípio dos Benefícios.

<sup>3</sup> Adam Smith (1776), *Investigação sobre a Natureza e as Causas das Riquezas das Nações*, Coleção Os Pensadores, Segunda Edição, 1979.

na busca do fato gerador oculto, dissimulado. É a via que passa pela devida inclusão na esfera da incidência tributária, justamente daqueles que mais podem pagar e que mais usufruem das benesses do Estado.

Buscar o incremento da arrecadação negligenciando esses princípios leva ao ônus daqueles que já pagam proporcionalmente mais, enquanto que aqueles que normalmente ficam fora do alcance tributário são beneficiados com o aumento de sua disponibilidade econômica, afetando a livre concorrência no mercado, favorecendo, ainda mais, a concentração de renda.

*“É precisamente na dimensão moral que, portanto, uma sociedade deve julgar a evasão tributária, o contrabando, a corrupção no âmbito da administração tributária, a votação de leis tributárias que visam a privilegiar determinados setores econômicos em troca de favores políticos, dentre outras “práticas” presentes em nossa realidade. De nada vale a existência desse instrumento tão poderoso como é a tributação, com finalidades nobres e múltiplas em nossa sociedade, se, na prática, ele se degrada em seus valores morais e se reduz a ser instrumento de privilégios individuais.*

(...)

*Da mesma forma, a evasão tributária não apenas degrada a cultura tributária de uma nação, mas quando generalizada, também afeta a alocação de recursos, a competitividade entre firmas e a equidade do sistema tributário. Ou seja, a evasão acaba por deturpar outras finalidades da tributação, não apenas a arrecadatória.”*

Andréa Legrumber Viol, (VIOL, 2004).

Por ser imposto que incide indiretamente sobre o consumo, o ISSQN carrega a boa reputação de contribuir com a neutralidade<sup>4</sup> e eficiência econômica<sup>5</sup>, mas deixa a desejar nos quesitos equidade e justiça fiscal. A tributação indireta<sup>6</sup> sobre o

---

<sup>4</sup> Um tributo, que incida sobre todos os bens e serviços à mesma alíquota não altera os preços relativos e, portanto, é um tributo neutro, (RIBEIRO, 2005).

<sup>5</sup> Tributo eficiente é aquele que não gera distorções no comportamento dos agentes econômicos quanto à alocação de recursos. Ser eficiente é ser neutro em relação à decisão de alocação de recursos, (RIBEIRO, 2005).

<sup>6</sup> De acordo com estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), a partir de dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares 2002/2003, do IBGE, revela que a carga da tributação indireta no país, ou seja, aquela repassada no preço dos bens de consumo e dos serviços, é mais elevada. Cerca de

consumo<sup>7</sup> onera mais as famílias dos estratos inferiores de renda, que gastam praticamente todos os rendimentos em bens e serviços de consumo.

Historicamente, desde a Constituição de 1824, comenta Francisco Queiroz, (QUEIROZ), *“privilegia-se no Brasil a tributação indireta sobre o consumo, em detrimento da incidência direta sobre a renda e o patrimônio, impondo ônus à beira do insuportável aos mais pobres, em face da sua elevada regressividade, na contramão da que seria uma justa tributação. Não é por acaso que o Brasil detém o vergonhoso troféu de ser um dos países de maior concentração de renda do mundo”*.

Somado a isto, normalmente os empreendimentos do grande Capital já são beneficiados por linhas próprias de financiamento, isenções provisórias e obras de infra-estrutura pública. Enquanto isso, as micro, pequenas e médias empresas, as que mais empregam e que apresentam mais alcance social, menos acesso têm a financiamentos. Então, sobrepesa-nos a responsabilidade de, no mínimo, fazer o ISSQN atingir os serviços prestados pelos detentores do grande Capital, a despeito de estarem ocultos e dissimulados.

---

49% da arrecadação brasileira tem origem em tributos indiretos. Nos países mais ricos esse percentual varia de 30% (na União Européia) a 16% (nos EUA). O impacto da tributação indireta se torna ainda mais grave quando se considera que a progressividade da tributação direta brasileira é insuficiente para contrabalançar essa distorção.

A pesquisa mostra ainda que 9,5% da renda total das pessoas físicas são absorvidos pela tributação direta. Esse percentual é menor no Brasil do que nos países desenvolvidos, onde o peso fica entre 30% e 45%.

<sup>7</sup> Os brasileiros pagam duas vezes mais impostos sobre consumo do que os cidadãos que vivem nas nações ricas. O imposto médio sobre o consumo nos países da *Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico* (OCDE), que reúne as maiores economias do planeta, é de 12,65%, enquanto no Brasil chega a 22,41%. Enquanto nestes o maior peso da tributação recai sobre o capital (38,43%), no Brasil a carga maior se concentra no trabalho (25,21%) e consumo (22,41%). A taxação do capital é de apenas 11,77%.

E essa carga – composto, por exemplo, por tributos como ICMS, ISSQN, Cofins, PIS, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) – recai principalmente sobre os assalariados de menor renda. Quem ganha até dois salários mínimos no Brasil paga 13,13% de tributos sobre o consumo. Já quem recebe mais de 30 salários paga 6,94%. Isso porque o trabalhador de menor renda gasta a maior parte de seu salário em consumo; e os demais podem poupar e aplicar parte dos rendimentos no mercado financeiro. No total, considerando a taxação sobre o consumo e a renda, os trabalhadores com rendimentos até dois mínimos pagam 20,95% em tributos, enquanto os que recebem acima de 30 salários pagam 27,41%.

Enquanto o rendimento do trabalho é tributado com alíquotas de 15% e 27,5%, os juros sobre o capital próprio são taxados em 15% e as aplicações financeiras e em bolsa são tributadas em 15% — com direito à isenção até R\$ 4 mil, no caso das bolsas. Privilégio do capital em relação ao trabalho.

Dados de pesquisa realizada pela Prof<sup>a</sup> Mary Elbe Gomes Queiroz, Universidade Federal de Pernambuco e Presidente do Instituto de Direito Tributário de Pernambuco, ex-Auditora Fiscal da Receita Federal. Fonte: *Consumo no Brasil paga mais imposto que em países ricos*, reportagem publicada no jornal *O Globo*, (ALVAREZ, 2004).

A despeito de, por isso mesmo, ser de difícil implementação, mormente em um país em que o poder político esteve sempre nas mãos de afortunada elite, não permitindo a instituição de um sistema tributário plenamente inspirado nos relevantes princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da impessoalidade, da progressividade e da proporcionalidade, entre outros.

É a esse embate que nos propomos. A monografia a seguir, através de um estudo de caso, os serviços prestados pelos *shopping centers* aos lojistas, abordará de modo amplo, abrangente e em um nível de aprofundamento teórico adequado e suficiente a essa primeira investida, a questão da elisão fiscal, procedimentos de sua detecção de como o combate a ela pode ser decisivo para o incremento das receitas próprias municipais.

### **III. O COMBATE À ELISÃO**

#### **III. 1. INTRODUÇÃO**

A presente seção busca situar o leitor no campo da elisão tributária e familiarizá-lo com conceitos a ela correlatos. O domínio desses conceitos é indispensável para que a ação fiscal se sustente, alcance efeitos eficazes e promova uma relação qualitativa com o contribuinte. Nosso objetivo é o de criar referencial teórico, indicando os conceitos, autores e perspectivas que fundamentarão a ação antielisiva do Fisco ao tratar condutas do contribuinte que contornam a incidência da norma tributária.

Considerando-se que há inúmeros autores que abordam esses conceitos e questões a eles relacionadas, não é nossa intenção detalhá-los, mas apenas situá-los. Para um maior detalhamento, são citadas várias obras de referência que permitirão ao leitor um aprofundamento teórico.

#### **III. 2. A CONTROVÉRSIA É A REGRA**

A elisão diz respeito à busca pelo contribuinte de caminhos lícitos para obter a menor carga tributária possível. Ela envolve uma série de conceitos técnicos complexos e controversos que preenchem um elenco de dificuldades. Entre esses conceitos, podemos relacionar o abuso do direito, o abuso de forma, o negócio jurídico indireto, a interpretação da lei tributária (se extensiva, teleológica, culturalista, econômica ou, meramente estrita), a analogia, a simulação e dissimulação, o planejamento fiscal e a evasão, dentre outros conceitos relacionados. Tais questões ocupam, ao longo dos anos, os melhores e mais talentosos cérebros jurídicos do país que militam na seara do Direito Tributário. Apesar de enormes esforços despendidos, é remoto o alcance de pacificação na área.

Em termos gerais e a grosso modo, entre nossos juristas e doutrinadores, pode-se identificar uma corrente simpática a aceitar a existência de um adequado fundamento jurídico que permita a ação do Fisco no combate à elisão, como Johnson Nogueira, Marco Aurélio Greco e Onofre Batista Jr. Outra corrente repele tal fundamento e nega ao Fisco qualquer ação que exija tributo que não esteja explícita e literalmente registrada em letra legal, como Sacha Calmon e Ives Gandra.

A última grande novidade nesse embate foi a promulgação da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que passou a ser conhecida como Norma Geral Antielisiva. Essa Lei Complementar Introduziu parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional<sup>8</sup>.

Seu objetivo, de acordo com o próprio relator, o Deputado Antonio Cambraia, é o de evitar ou minorar os efeitos do planejamento tributário das empresas, das suas tentativas de elisão que produzam o esvaziamento da capacidade contributiva, exacerbado nessa época de globalização<sup>9</sup> e de elevada carga tributária. Além disso, tem o objetivo de evitar a possível deterioração do sistema tributário no que diz respeito aos efeitos da elisão sobre a má e injusta distribuição da carga tributária entre os cidadãos, e a existência de privilégios fiscais injustificados para determinados segmentos sociais. Desde sua promulgação, vem suscitando acirrados e apaixonados debates a respeito de suas possíveis interpretações, derivações e efeitos.

Alguns entendem a impossibilidade de existência de uma norma dessa natureza em nosso ordenamento jurídico, como Sacha Calmon (CÔELHO, 2006), (CÔELHO, 2002) e Ives Gandra, (MARTINS, 2002). Inclusive argumentam pela sua inconstitucionalidade. Outros, como César Guimarães Pereira, opinam que ela

*“não agrega nenhuma competência fiscal já não anteriormente contida no art. 149, VII, do CTN<sup>10</sup>. A provável intenção com que foi*

---

<sup>8</sup> “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

*I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;*

*II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.*

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela LC nº 104, de 10.1.2001).”*

<sup>9</sup> “(...) existem cerca de 40 “paraísos fiscais” pelo mundo afora, entre Andorra, Bahamas, Vanuatu e Ilhas Cayman, onde o Fundo Monetário Internacional estima estejam depositados cerca de US\$ 4,8 trilhões. As empresas, principalmente as multinacionais, são as grandes “beneficiaries” do processo de globalização e as possibilidades criadas para diminuir o pagamento de impostos. Assim, entre 1990 e 1997 a carga tributária média do contribuinte pessoa física americano subiu de 13% para 15% (US\$ 80 bilhões a mais), enquanto que a tributação do lucro das corporações caiu de 26% para 20% (US\$ 60 bilhões a menos).”, (VILLELA, 2002a, p. 306)

<sup>10</sup> “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

*VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;”*

*editada (mens legislatoris) não se traduziu no seu conteúdo.”.*  
(PEREIRA, 2001).

Há os que afirmam que ela introduz a interpretação econômica no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre esses, há os que se utilizam dessa visão justamente para refutar seus efeitos e confirmar sua impossibilidade: Sacha Calmon, (CÔELHO, 2006) e (CÔELHO, 2002) e Ives Gandra, (MARTINS, 2002). Assim como há os que vêm aí a sua sustentação, (NOGUEIRA, 2002). Também há os que simplesmente discordam desse entendimento, (BATISTA JR., 2002).

Há os que entendem que ela abre a possibilidade de emprego da analogia para afastar os “negócios elisivos atentatórios” em fraude à lei, (BATISTA JR., 2002):

*“O Direito Tributário brasileiro, antes da LC 104, expressamente repelia a analogia, o que afastava, em diversas manobras elisivas, a possibilidade de aplicação da norma tributária de incidência isonomicamente, exceto como já fixamos, em zonas de patente artificialidade do negócio jurídico. Na prática, tal proibição dá ensejo à proliferação dessas manobras, diante da insuficiência do arcabouço legal tributário. O CTN não havia se adequado às modernas exigências do “Estado Social de Direito”, mas, possibilitando apenas o recurso às cláusulas específicas, acabava por propiciar uma verdadeira profusão legislativa, gerando insegurança para o conjunto dos contribuintes, aumentando a complexidade e assistemática das leis tributárias, em um caminho que acabava por fazer da tributação uma janela aberta para sacrifícios ao bem comum e à Justiça Fiscal.*

*(...)*

*“É verdade que a analogia realiza, em muitas situações, muito mais igualdade, e a proibição da analogia entra em conflito com o Princípio da Isonomia. Em realidade, a utilização da analogia, geralmente, sequer coloca em check a segurança jurídica, porque os administradores não depositam suas certezas no texto literal da lei, que inclusive pode abrir-se a diversas possibilidades de interpretação, mas sobretudo na jurisprudência, nas disposições administrativas, na doutrina e, como lembra o Professor Saldanha*

*Sanches, na própria aplicação reiterada e freqüente de certas normas a certos casos.”*

(BATISTA JR., 2002, pág. 238)

E há os que se manifestam decisivamente pela sua constitucionalidade como o Dr. Marco Aurélio Greco, (GRECO, 2002a). Com certa irreverência, fundamentando-se em Norberto Bobbio<sup>11</sup>, o eminente tributarista discorda da existência de vazios ou lacunas na lei que impossibilitem a ação da Justiça:

*E aí vem a pergunta: por que procedimentalizar esse debate, se o tema é apenas de lacuna e, portanto, se tem lacuna não se aplica a lei, e se a questão é de exercício de direito resolve-se a questão aferindo se houve abuso, se houve excesso ou não.*

*Diria que essa é uma análise até certo ponto singela, ou simplória, para usar uma palavra que foi utilizada por um outro expositor. Por quê? Desculpem a veemência do que vou dizer, mas as lacunas em Direito não são vazios. Vocês vão dizer: agora o Marco Aurélio endoidou, lacuna não é vazio? Não, pelo menos depois dos ensinamentos de Norberto Bobbio. Em 1959, 1960, na teoria do ordenamento publicada por ele após as aulas que ele ministrou naquele ano acadêmico, ele explica muito bem que lacuna é um vazio num primeiro momento, mas que o tema da lacuna é fundamentalmente um problema de conflito de critérios. Ou seja, quando o intérprete detecta um determinado tipo de conduta que não está prevista expressamente no ordenamento, o que se põe para ele é o desafio de saber como tratar com essa situação. Num sistema jurídico que obriga o juiz a decidir, que ele ainda pode se recusar a decidir, ele tem que de algum modo solucionar essa perplexidade. E soluciona essa perplexidade por meio de um desses dois caminhos: ou utilizando uma norma geral exclusiva, que diz: se não está previsto, está fora, e, portanto, não se aplica a lei; ou utiliza uma norma geral inclusiva, que diz: embora não previsto expressamente, está incluído no preceito, porque isso resulta do sistema positivo.*

---

<sup>11</sup> Reputadíssimo pensador político italiano, falecido em 2004, mas já um “clássico” da Filosofia Política.

*Muito bem. A que vem essa conversa? Vem essa conversa porque vimos em todos os debates deste seminário que há um grande confronto de valores e princípios constitucionais que estão se opondo subjacentemente ao debate sobre a elisão. É o princípio da capacidade contributiva, de um lado, e é a liberdade individual do outro, do qual resultam duas normas gerais, segundo a visão de Bobbio. Para quem entende que deve ser prestigiada a liberdade individual, a falta de previsão expressa leva a uma norma geral exclusiva que diz: está fora. Se não tem previsão expressa, prevalece a liberdade individual, prevalece o direito de auto-organização e, portanto, eu não tenho tributos, estou fora do tributo. Para quem, por outro lado, olha sob a ótica do princípio da capacidade contributiva, ele vai dizer: não, não está expressamente previsto, mas embora não esteja expressamente previsto o perfil objetivo do tipo comporta uma composição como se irradiando, ou irrigando o tipo com o princípio da capacidade contributiva e se conclui, à luz da capacidade contributiva, está dentro.*

*Então, o grande debate quando se fala de lacuna não é o vazio, o grande debate é saber com qual dessas duas normas eu tenho que preencher aquele vazio, se é com a norma exclusiva que diz que está fora do tributo, ou se é com a norma inclusiva que diz que está dentro do tributo.*

(GRECO, 2002a, pág. 251-252)

No enriquecimento desse vivo debate, havemos de destacar a realização do **Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal**<sup>12</sup>, realizado no mesmo ano da promulgação da Lei Complementar, em agosto de 2001. Nele, grandes expoentes do Direito Tributário nacional e estrangeiro<sup>13</sup>, no âmbito da elisão tributária, tiveram

---

<sup>12</sup> Anais disponíveis em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioInter/AnaisSeminarioInterElisaofis2002.pdf>, acesso em 01-08-2006.

<sup>13</sup> Deles participaram, como palestrantes, magistrados como o ministro do *Supremo Tribunal Federal*, Ministro Nelson Jobim. O Ministro do *Superior Tribunal de Justiça*, Ministro José Carlos Moreira Alves. O representante do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento)<sup>13</sup>, Dr. Luiz Arruda Vilela. Acadêmicos como o Prof. Alcides Jorge Costa, o Prof. Johnson Barbosa, o Prof. Ricardo Lobo Torres e o Prof. José Souto Maior Borges. Além de representantes fazendários da Itália, Portugal, Canadá, Espanha e Argentina. Para o debate, contou com a presença de representantes de órgãos

oportunidade de discutir os fundamentos econômicos, os aspectos jurídicos, os pressupostos da lei, a experiência estrangeira, os limites da interpretação, a própria lei, o que fazer com ela, dentre outros. Por exemplo, o Ministro Nelson Jobim tratou dos limites da interpretação da lei tributária e o papel do Poder Judiciário, enquanto que o Dr. Marco Aurélio Greco palestrou sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN e sobre as repercussões da norma antielisão nos procedimentos e no processo tributário.

Além disso, saudamos e também destacamos a contribuição do Dr. Onofre Alves Batista Júnior<sup>14</sup> que, através de publicações, vem contribuindo para o equilíbrio diante dos argumentos copiosos apresentados na profusão de obras de nossos doutrinadores pátrios, admiráveis, mas nem um pouco isentos, por serem desenvolvidos pelos que militam a advocatura dos contribuintes.

Com veemência, remetemos o leitor à leitura desses Anais e da obra “O Planejamento Fiscal e a Interpretação no Direito Tributário”, (BATISTA JR.,2002).

### III. 3. BREVE CONCEITO DE ELISÃO

*“Elisão é a licitude plena, civil e criminal. O planejamento, engenharia tributária, de forma a instrumentar, mediante artifícios legais, lícitos, aspiração legítima, qual seja, pagar menos tributos.(...) Elisão é não entrar na relação fiscal<sup>15</sup>...” (TRÊS, 2005).*

Na elisão, os meios são sempre lícitos porque não vedados pelo legislador. A utilização dos meios ocorre antes da realização do fato gerador tributário ou como aventa Sampaio Doria, antes que se exteriorize a hipótese de incidência tributária, pois, opcionalmente, o negócio revestirá a forma jurídica alternativa não descrita na

---

fazendários, como o Dr. Onofre Batista; advogados como o Dr. Ives Gandra, representante de conselho de contribuintes, como o Edison P. Rodrigues e o tributarista Dr. Marco Aurélio Greco.

<sup>14</sup> Procurador da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais.

<sup>15</sup> Em contraposição, coerente com essa perspectiva, há o complemento do conceito de **Evasão ilícita**. Na evasão ilícita, a distorção da realidade se dá no momento em que ocorre o fato gerador ou após a sua ocorrência. Neste caso os meios são sempre ilícitos, haverá fraude fiscal ou simulação de fato, documento ou ato jurídico. Caracteriza-se por ato destinado a reduzir, deixar de pagar ou retardar o pagamento de tributos, que foi praticado posteriormente ao fato impositivo e pressupõe a utilização, pelo contribuinte, de comportamentos proibidos pelo ordenamento jurídico ou descumprimento de regras de conduta tributária. Evasão é a saída da relação fiscal, exige, portanto, estar dentro, haver estado ou podido estar em algum momento. Percebe-se, pois, que o contribuinte pratica o fato impositivo da obrigação tributária, mas se furta de pagar tributo através do uso de métodos inidôneos.

lei como pressuposto de incidência ou pelo menos revestirá a forma menos onerosa. Quanto ao aspecto *cronológico*, se o ato destinado a evitar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo foi praticado antes da ocorrência do fato imponible, caracteriza-se a elisão. A elisão para nós é não entrar na relação fiscal.

Cabe salientar, entretanto, que apesar desse entendimento dominante em nossa doutrina, o Dr. Marco Aurélio Greco, baseado em análise abrangente da doutrina estrangeira, observa que a elisão corresponde à busca pelo contribuinte, dentro do ordenamento de uma norma de cobertura em que procura enquadrar sua conduta, visando contornar uma norma imperativa de caráter tributário. Contesta, justamente, a idéia da doutrina brasileira sustentar que, *“se o contribuinte age antes da ocorrência do fato gerador, mediante atos lícitos e não simulados, o Fisco nada poderia objetar à redução do ônus tributário que daí adviesse. Pouco se discutia sobre o abuso dos institutos jurídicos, sobre negócios distorcidos ou sobre hipóteses em que, apesar da lei existente, certas manifestações efetivas de capacidade contributiva não resultavam alcançadas.”* In Prefácio a (BATISTA Jr., 2002).

Para uma melhor compreensão dos aspectos elisivos abordados neste trabalho, abriremos aqui um parêntese, para abordarmos um tema que está intimamente associado ao estudo da elisão: a interpretação econômica.

### **III. 4. INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO**

Considerada como um novo modelo interpretativo, a interpretação econômica surgiu com a insatisfação quanto ao modelo de interpretação positivista e normativista considerado insuficiente por permitir que situações injustas não fossem corretamente qualificadas pelas normas tributárias. O intérprete deve avaliar cada caso não só através da lei, mas considerando todas as fontes normativas. Deve buscar respaldo em todas as fontes jurídicas. Enquanto direito é um objeto cultural, a interpretação jurídica tem por objeto o fato, a vida das pessoas, as condutas individuais e as interferências intersubjetivas.

Na verdade, a interpretação econômica representa a interpretação de fato. O aspecto factual do elemento econômico transfere o eixo interpretativo para o próprio

fato. O maior desafio que cabe ao intérprete é, utilizando-se de fontes do Direito<sup>16</sup>, atribuir sentido jurídico ao fato e não, buscar o sentido da lei<sup>17</sup>. Sendo assim, o grande problema da interpretação, que constitui sua principal finalidade, é dar sentido ao fato, e, a partir daí, dizer se é não elisão e se deve ou não, ser tributado. Essa forma de analisar o processo interpretativo, voltada para o fato e sob a ótica da compreensão, é típica das correntes culturalistas.

O ilustre Prof. Dr. Sacha Calmon disse muito bem em sua palestra no *X Congresso de Direito Tributário da ABRADT*<sup>18</sup>, em agosto de 2006, que o aplicador ou intérprete da lei tributária não deve descuidar do princípio da legalidade. Perfeito. Infelizmente, porém, com todo o respeito merecido por este ilustre tributarista e por sua vasta contribuição ao Direito Tributário no Brasil, seremos obrigados a discordar de sua opinião na questão que se segue.

Autores como Sacha Calmon (COÊLHO, 2006) e Ives Gandra (MARTINS, 1998) não consideram legítima a teoria da interpretação econômica. Sacha, por exemplo, alega que este tipo de interpretação é defendida pelos fiscos com o intuito de estender indevidamente a tributação por meio de uma “*compreensão econômica dos fatos jurídicos*” (COÊLHO, 2006, p. 252). Sacha apresenta pesadas críticas ao Fisco pela aplicação de norma antielisiva e cita, como exemplo, alguns casos de *leasing*, em que, o valor estipulado no contrato alcança quase 100% do valor total do bem e o contratante se torna proprietário do mesmo com a quitação do valor restante, algo em torno de 1%. No entendimento do Fisco estadual trata-se de venda acobertada por contrato de locação. Esse é um assunto bastante polêmico onde não resta dúvida, que através desses contratos específicos, as empresas de *leasing* e suas contratantes obtêm ganhos comerciais pecuniários e fiscais servindo-se de uma lacuna da lei.

Ora, a própria Constituição Federal prevê em seu artigo primeiro, que o Brasil é um Estado democrático de direito, sendo assim, defende a legalidade, outorga direitos. Porém, é também um Estado democrático no propósito de promover alterações necessárias à prevalência dos princípios da igualdade e da capacidade contributiva. Além disso, a Constituição também prevê que a sociedade na República Federativa do Brasil está fundada na liberdade, justiça e solidariedade.

---

<sup>16</sup> Entenda-se como fontes do Direito, aquelas bases sobre as quais o intérprete vai se fundamentar para solucionar o caso. Essas fontes podem ser valorativas, principiológicas, normativas.

<sup>17</sup> A lei já possui um sentido que está expresso por um discurso normativo.

Com fulcro no artigo supra citado, o Prof. Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva , comentando palestra proferida pelo Ministro Nelson Jobim (JOBIM, 2002), acrescenta que uma sociedade justa, livre e solidária é aquela em que todas as pessoas devem pagar exatamente o tributo que devem e não somente aquelas que não podem se esquivar de seu recolhimento.

Existem ainda normas previstas na Constituição, que outorgam ao Estado poder para tributar e poder para fiscalizar. Dr. Oswaldo Othon ressalta a importância da interpretação sistemática e diz que não se pode analisar uma norma tributária isoladamente, mas sim inserida num contexto e analisando as várias normas a ela relacionadas. Segundo ele, se a Carta Magna preceitua que a administração tributária seja eficiente, ela tem que oferecer modos e condições para que fiscalização exerça suas funções, caso contrário essa busca por eficiência seria destituída de sentido.

É bem verdade que o artigo 150 da CF, inciso 1º, menciona a legalidade. O artigo 97 do CTN esclarece o teor do princípio da legalidade, porém isto não significa que a tipicidade seja necessariamente fechada e a legalidade, atribuída de rigorosa observância. Não é obrigatório que a lei contenha dados extremamente específicos, o que inviabilizaria até mesmo a sua aplicação, posto que o conjunto de hipóteses jurídicas é aberto. Já as conseqüências jurídicas<sup>19</sup> são fechadas, isto é, não há possibilidade de inserir conseqüências jurídicas não conhecidas e aceitas pelo sistema.

Ao contrário do que prega o Prof. Dr. Sacha Calmon, entendemos que o princípio da legalidade não obsta a utilização da interpretação econômica. Concordamos com o ministro do STF, Dr. Nelson Jobim, que prega que, em determinadas situações, *“deve-se recorrer à exegese do desaforo quando a coisa é demais”* (JOBIM, 2001, p. 88). Principalmente no que tange ao abuso de forma, jamais podemos nos olvidar das normas que regem o princípio supra citado e outros princípios. Seria como se abandonássemos a essência constituinte da lei, ignorando o seu espírito. A lei não existe isoladamente e a justiça, dissociada dos fatos, seria reduzida à uma mera conjugação teórica.

---

<sup>18</sup> ABRADT: Associação Brasileira de Direito Tributário.

<sup>19</sup> Sejam elas de natureza civil, penal, tributária ou de qualquer outro tipo.

Segundo o artigo 145, §1º, objetividade e efetividade, o princípio da capacidade contributiva e da igualdade são facultados ao responsável pelo lançamento tributário, ou seja, à administração tributária.

Abriremos aqui um novo parêntese, para fazer algumas colocações acerca desse assunto, expressas pelo Prof. Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva que diz que:

*“Interpretar é buscar o significado da norma jurídica, seu inteiro teor e conteúdo. Portanto, a interpretação normalmente é no sentido estrito de declarar o sentido da norma jurídica.*

*Junto com a interpretação temos a integração. Quando queremos dar significação jurídica aos fatos, procuramos na norma jurídica expressa. Quando não encontramos a norma jurídica expressa, entramos na integração, que é o preenchimento da lacuna do ordenamento jurídico. Portanto, a interpretação geralmente é no sentido estrito de declarar o sentido da norma, mas também há a chamada interpretação extensiva, quando a norma traz direitos, como, por exemplo: norma constitucional que prevê o caso de uma imunidade tributária. (...) devemos ter cuidado, na interpretação, para não criarmos a nossa própria norma. O sentido estrito da interpretação tem um certo aspecto criativo, mas deve buscar o verdadeiro sentido da norma e não aquele que seria adequado, fugindo do conteúdo da própria norma”*

Comentário à palestra do ministro Nelson Jobim, (JOBIM, 2002).

Compactuamos com o entendimento do Prof. Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva, que diz que a interpretação literal possui limitações e, apesar de ser importante não é totalmente suficiente para esgotar e esclarecer todas as questões. É necessário avaliar o contexto em que a coisa acontece. Ele explica isso de uma forma simples, clara e perspicaz: numa oficina de marcenaria, a expressão “o banco quebrou” possui conotação completamente distinta da mesma frase proferida num simpósio sobre sistema financeiro.

Johnson Barbosa Nogueira, abordando o tema da interpretação econômica no Direito Tributário, apresenta-nos outra hipótese sobre sua origem:

*“A origem da interpretação econômica vem de 1919 com o Código Tributário alemão por influência de Enno Becker. Dizia ele que a nova proposta visa tão somente a impor ao juiz, com a máxima evidência, o dever de desenvolver completamente o pensamento jurídico contido no Direito Tributário, fazendo-o levar em conta os fins da lei tributária e o seu alcance econômico, assim como as formas de que se revistam no momento as situações da vida prática.*

*Basicamente, havia dois parágrafos no Código de 1919 que diziam:*

**‘§ 4° - A interpretação das leis tributárias deve ter em vista o seu objetivo, o seu significado econômico e o desenvolvimento das relações.**

**‘§ 5° - O débito tributário não deve ser objeto de evasão ou redução mediante o abuso de formas jurídicas de direito privado’** (negrito nosso).

As normas acima não só permanecem no direito alemão, como também foram exportadas para outros países, cujas legislações seguem os princípios de uma ideologia política democrática. Apesar de não possuírem relação com o nazismo alemão, pelo contrário, foram editadas na plenitude democrática da República de Weimar, essas normas foram a ele associadas e caíram em desuso por determinado período. Retornaram após certo tempo, com toda força, reaparecendo na legislação de outros países onde vigora até os dias de hoje, como Portugal, Espanha e Itália. Além disso, elas compuseram a base de inspiração para a abordagem do tema sobre normas antielisivas ou interpretação econômica no Direito Tributário em palestra proferida pelo Dr. Johnson Barbosa Nogueira, (NOGUEIRA, 2001).

Para Johnson, o surgimento da interpretação econômica tem como cerne a necessidade de interpretação em si, visando ao atingimento de uma justiça mais organizada. Sua origem representa um modelo de reação à interpretação tradicional, positivista, normativista que ignorou o aspecto valorativo e como consequência, impôs ao juiz uma total inflexibilidade no exercício de suas funções. Rigidez essa, que o impediu de proferir suas sentenças com uma margem de liberdade, de modo a buscar uma melhor justiça, principalmente em situações extremas e abusivas. Essa limitação não permitia que a justiça alcançasse situações, que bradavam por justiça tendo em vista o princípio da capacidade contributiva.

*“A diferença entre a interpretação econômica há de ser feita com outros tipos de interpretação. Envolve o controle do poder de tributar, a aplicação correta da lei no âmbito administrativo e, posteriormente o próprio controle judicial.*

*O exercício desse controle vai envolver necessariamente a interpretação da lei, porque a lei é que controla o poder de tributar. Todo estado de direito tem sua ação procedimentalizada. Este é um dos grandes postulados do estado de direito que nos dá essa segurança. E procedimentalizada pela lei. Então, evidentemente, a lei, corretamente aplicada, por si só será bastante para efetuar o controle do poder de tributar, seja no próprio âmbito do procedimento administrativo, seja no processo judicial.”*

(NOGUEIRA, 2001).

Após investigar os diversos sentidos e versões conceituais da interpretação econômica em autores nacionais e estrangeiros, Johnson identificou oito variantes:

1- Busca da interpretação econômica desprezando a forma jurídica (*“busca da intentio facti em contraposição à intentio juris”*). Aqui, a área de atuação é bastante abrangente, pois a interpretação econômica não está restrita à situação em que se discute a forma jurídica, o uso do negócio jurídico ou de uma série deles; na verdade, considera-se toda a uma realidade econômica que está por trás. Esta vertente abrange situações em que não está em discussão apenas uma consideração acerca de abuso de forma.

2- Engloba as teorias do tipo, do fato gerador substitutivo e, com algumas ressalvas, a teoria de Griziotti<sup>20</sup>. Essas três teorias têm em comum a aplicação da analogia não manifesta na interpretação econômica. Esta variante sofre pesadas críticas, por propor a aplicação da analogia para cobrança de tributos.

3- Aborda o combate do abuso de formas do direito privado. Subsiste até hoje a idéia desta variável, como método de interpretação próprio do Direito

---

<sup>20</sup> Bevenuto Griziotti, da Escola de Pávia, que pregava a interpretação funcional, que dizia o seguinte: além da natureza fundamentalmente complexa do Direito Tributário, dever-se-ia levar em consideração quatro aspectos: jurídico, político, econômico e sociológico. O próprio Griziotti critica a teoria da interpretação econômica em sua obra, porque acha que a dele é original. A teoria funcional de Griziotti elegeu como causa da tributação o princípio da capacidade contributiva. GRIZIOTTI, Benvenuto. *Princípios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Buenos Aires: Depalma, 1935.

Tributário. Todas as normas antielisivas existentes derivam da concepção dessa variante e transitam entre abuso de forma, fraude à lei ou ofensa ao espírito da lei.

4- Introduce a teoria do abuso de direito no Direito tributário. Apresenta certa sintonia com a primeira, porém de forma mais restritiva, aquela não considera a existência de abuso ou não de formas, podendo, desta maneira, beneficiar tanto ao Fisco quanto ao contribuinte. Tanto a terceira, como a quarta são versões conceituais pro-fisco, na medida em que procura descaracterizar situações de elisão do contribuinte, buscando a tipificação do fato gerador, permitindo assim a atuação da norma de tributação. Podemos aqui traçar um paralelo entre o Direito Tributário e o Direito Penal da seguinte forma: o abuso de forma está para o Direito Tributário, assim como a justa causa está para o Direito Penal.

O Direito Penal utiliza muito a justa causa para descaracterizar situações, que num modelo normativo, seriam consideradas como legais ou ilegais, mas que com a teoria da causa, assim como a teoria da desconsideração e outras, tornaria possível a obtenção de uma interpretação mais adequada. De modo análogo, o Direito Tributário, com base na norma geral e sua transposição para a norma individual<sup>21</sup>, e partindo da clara intenção do contribuinte de deixar de recolher o tributo devido, usa da teoria de abuso de forma para descaracterizar a elisão e considerá-la como uma forma de simulação de não ocorrência do fato gerador.

5- Esta concepção apenas tangencia a interpretação tributária na medida em que versa sobre a utilização dos conceitos próprios do Direito Tributário em consequência de sua autonomia.

Todas as cinco variantes acima possuem em comum, (em extensões mais amplas ou mais restritas) a idéia de que a interpretação no Direito Tributário deve buscar

*“o substrato econômico do fato, o comportamento dos indivíduos e quando esse comportamento é abusivo, em relação ao resultado econômico pretendido, com o fito de fugir da norma de tributação, o intérprete estaria autorizado a desconsiderar essa forma, esse esquema abusivo, e tributar o que está por trás dessa manipulação do fato gerador.” (NOGUEIRA, 2001).*

---

<sup>21</sup> Consideramos aqui como norma individual a atribuição de sentido razoável e valioso ao caso.

6- A sexta, sétima e oitava variantes – de menor importância para o nosso estudo – reduzem a interpretação econômica à interpretação teleológica ou mero acréscimo à interpretação tradicional de valor aos fatos, que são objeto da interpretação.

### III. 5. ABUSO DE DIREITO

Para alguns autores, a teoria do abuso de direito surgiu de questões do Direito Civil, da jurisprudência francesa do Conselho de Estado a partir de notório caso de um proprietário de terreno ao lado do qual se aportavam balões dirigíveis, aportamento inviabilizado após a edificação de uma torre de madeira no terreno.

Pergunta-se: pode um dono de terreno construir o que bem entender em seu pedaço de terra? A partir daí surgiu a grande discussão a respeito do direito de propriedade e essa é uma das hipóteses sobre a origem da teoria do abuso de direito.

A segunda hipótese parte do pressuposto que a teoria do abuso de direito surgiu na Idade Média com os chamados atos emulativos, cuja origem etimológica não se refere ao termo latino *aemulatio* (competição), mas sim, a atitude determinada por rivalidade, competição, ciúme, inveja com a intenção de causar prejuízo a outrem.

Bastante atual é o caso do indivíduo que, após ser informado da instalação de placas coletoras de energia solar no telhado de seu vizinho, por uma rivalidade com este, ergueu um muro divisório de vinte metros de altura, impedindo que as placas tivessem acesso ao sol. Trata-se de um ato emulativo, feito sem nenhuma vantagem para o indivíduo, e com a clara intenção de prejudicar um terceiro.

As opiniões de alguns autores se fundamentam no artigo 160, inciso I, que diz não consistir de ato ilícito o exercício regular de um direito legalmente admitido. Porém, no *Seminário Internacional sobre Elisão Fiscal*, José Carlos Moreira Alves observou o seguinte:

*“dá a entender que o exercício irregular, portanto, abusivo de um direito reconhecido é abuso de direito. Consequentemente, o Código Civil adotou, contrário senso, a figura do abuso de direito como ato ilícito (...) o abuso de direito se caracteriza pelo exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com excessos intencionais*

*ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrário ao critério econômico e social do direito em geral.”*

Hoje a aceitação da teoria do abuso de direito já é pacífica, mas muitas controvérsias marcaram a história que aborda este tema, posto que não se achava correto responsabilizar uma pessoa pelo legítimo uso de seu direito. Porém, fechar os olhos diante disso seria assumir uma concepção totalmente individualista, um contra-senso à predisposição humanizadora e socializante do Direito.

### **III. 6. SIMULAÇÃO – DISSIMULAÇÃO**

Simulação é a fictícia realização de atos ou negócios jurídicos de modo que a vontade aparentemente declarada oculte a vontade real dos sujeitos da relação jurídica, prejudicando terceiros. Portanto, a simulação compreende a realização de atos ou negócios jurídicos através de forma prescrita ou não defesa em lei, mas de modo que a vontade formalmente declarada no instrumento oculte deliberadamente a vontade real dos sujeitos da relação jurídica com a finalidade de prejudicar terceiros. É importante salientar a doutrina pátria tem classificado a simulação em *absoluta* ou *relativa (dissimulação)*, ensinando que na simulação absoluta dá-se um "acordo simulatório", que não se espera qualquer espécie de resultado jurídico. Em síntese, na simulação absoluta inexistente ato ou negócio jurídico. Já na simulação relativa (dissimulação), o ato ou o negócio jurídico existe, mas se encontra escamoteado.

A simulação não se confunde com a fraude à lei, posto que esta decorre não da divergência entre a vontade real e a vontade declarada, mas da violação intencional de norma jurídica de maneira coercitiva.

A leitura do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional leva-nos a observar, que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a ser estabelecidos em lei ordinária.

Pensemos, qual a natureza dessa simulação? Qual o sentido e o alcance que se devemos atribuir a esta expressão? José Carlos Moreira Alves<sup>22</sup>, (ALVES, 2002), entende que o enunciado desse parágrafo diz respeito à “utilização de meios aparentes para ocultar aquilo que realmente se deseja, ou, então, à utilização de vias indiretas em vez de se utilizarem vias diretas para alcançar os fins intentados.” Trata-se do negócio jurídico simulado. A simulação gera uma aparência querida pelas partes envolvidas e pode ser absoluta ou relativa, na medida em que uma aparência é criada, ou com o simples fim de criá-la sem a intenção de esconder o que realmente é desejado, ou se gera essa aparência para esconder o que realmente se deseja.

*“Quando se trata de negócio jurídico simulado com simulação absoluta, tem-se, na realidade, simples aparência. (...) Não se tem, em verdade, a celebração de negócio jurídico real algum. Quando se trata de negócio jurídico simulado com simulação relativa, tem-se um negócio aparente que não traduz aquilo que se deseja, pois o negócio real é o dissimulado.”*

Tentaremos aqui fazer uma diferenciação dos meios jurídicos, que visam alcançar um fim, mas que de uma forma indireta levam a um objetivo muito diferente com efeitos relativamente amplos.

Façamos uma distinção entre causa e motivo de negócio jurídico. Causa do negócio jurídico é, basicamente, a finalidade econômico-prática a que visa a lei no momento da criação do negócio jurídico. Assim, no contrato de locação a causa do negócio jurídico é a troca do uso da coisa pelo dinheiro. O motivo carrega em sua essência a subjetividade das partes envolvidas no negócio jurídico.

Para José Carlos Moreira Alves, não existe a chamada simulação inocente, que é aquela que oculta um negócio que seja válido por um motivo, mesmo que este possua um caráter altruístico.

O Código Civil vigente considera que a simulação é um vício da vontade, que leva à anulação do negócio jurídico. Anulado o negócio jurídico simulado vem à

---

<sup>22</sup> José Carlos Moreira Alves é Doutor em Direito Privado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil; Presidente do STF de 1985 a 1987. Professor da USP, cedido à Universidade de Brasília desde 1974.

tona o negócio dissimulado, que será válido se não contiver qualquer vício que o invalide. Do contrário, será combatido por causa desse vício.

Existem três requisitos para que se configure a simulação:

- 1- É indispensável que haja um descompasso entre a vontade interna e a manifestação volitiva.
- 2- É necessária a existência de acordo entre as partes envolvidas.
- 3- É imprescindível que ambas as partes tenham conhecimento do que estão fazendo.

Em suma, o negócio simulado carrega em seu cerne o objetivo de iludir ou fraudar terceiros alheios a esse ato. Passemos agora à análise do negócio jurídico em fraude à lei.

### III. 7. FRAUDE À LEI

O Direito romano já distinguia os atos *contra legem* dos atos *in fraudem legis*. Para melhor compreensão do problema da interpretação das leis, é necessário fazermos uma distinção entre *verba legis* e *mens legis* (e não da *mens legislatoris*).

As *verbas legis* representam as palavras da lei; a *mens legis*, o espírito, a essência da lei, as normas e princípios a partir dos quais as leis são criadas.

O primeiro estágio de interpretação da lei é o literal ou gramatical e o segundo é a interpretação lógica que visa a alcançar aquilo que as palavras pretendem exprimir.

Na questão da fraude à lei a interpretação é estritamente literal, porém com o intuito de se atingir um fim oposto ao que a lei quis dizer. Trata-se de um caso típico onde as normas e princípios são desconsiderados.

Um ato *contra legem* se caracteriza pelo descumprimento da lei e do espírito da lei. Aqui, temos uma expressa violação direta da lei.

O ato de fraude à lei é uma espécie do gênero violação à lei podendo esta ser direta (*contra legem*) ou indireta (*in fraudem legis*). O ato de fraude à lei, que pode estar representado por um único ato ou por um conjunto deles, pressupõe a preservação da letra da lei, porém seu espírito é ferido.

Diferente do que ocorre na simulação, a fraude à lei é representada por um ato jurídico querido (ou conjunto de atos), onde a manifestação volitiva coincide com a vontade. Alguns doutrinadores defendem que a fraude à lei é sempre objetiva

(“Basta que haja violação indireta da lei para que haja fraude à lei”<sup>23</sup>); para outros, ela é subjetiva, ou seja, é necessário que a pessoa tenha conhecimento da lei que está infringindo.

A teoria mais aceita é a objetiva, pois o problema da teoria subjetiva é a quase total impossibilidade de alguém conhecer todas as leis do país, o que implica que, seremos remetidos sempre à teoria objetiva.

Objetivando, na área tributária, fraude à lei, é a ação ilícita que visa enganar o Fisco negando a ocorrência do fato gerador ou alterando as características essenciais de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitar ou diferir seu pagamento. Pode ser tipificada como crime de fraude à lei. É toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou deferir o seu pagamento.

### **III. 8. ABUSO DE FORMA E ABUSO DE DIREITO**

Abuso de forma é o aproveitamento de lacunas ou brechas na lei em benefício próprio, cujo efeito pode até ser oposto à norma sobre a qual a lei está fundada.

Abuso de direito é utilizar-se de um direito que lhe é legítimo, para cometer atos que não tragam nenhum benefício para si mesmo e com a clara intenção de causar prejuízo a outrem. Segundo o Código Civil brasileiro, não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido, dá a entender que o exercício irregular, portanto, abusivo, de um direito reconhecido é abuso de direito. Conseqüentemente, o Código Civil adotou, contrário senso, a figura do abuso de direito como ato ilícito.

### **III. 9. NEGÓCIO JURÍDICO INDIRETO – NEGÓCIO JURÍDICO SIMULADO**

Negócio jurídico indireto é a conduta lícita que, realizada de forma prescrita ou não defesa em lei, que vise auferir vantagens, porém traz prejuízo a terceiros. No negócio indireto, as partes querem efetivamente submeter-se à disciplina jurídica dele e não de outro negócio. Querem os efeitos típicos do negócio adotado, pois são

---

<sup>23</sup> José Carlos Moreira Alves, (ALVES, 2002).

tais efeitos que lhes permitem atingir o objetivo indireto visado. É o objetivo típico, legalmente consagrado, do negócio adotado que serve às partes para alcançar um fim ulterior visado. A finalidade típica do negócio adotado é garantia das partes de que atingirão os fins almejados, estes distintos dos normalmente decorrentes do negócio praticado. Não há no negócio indireto, distinção entre a vontade declarada e a vontade real, bem como não há o interesse em ocultar ou dissimular.

Negócio jurídico simulado é aquele que cria uma aparência querida pelas partes. Conseqüentemente, ambas as partes sabem exatamente o que estão fazendo. Finalmente, esse negócio simulado há de ter por objetivo enganar terceiros estranhos a esse ato simulado.

Uma vez introduzidos esses conceitos, noções e salientado a abrangência das controvérsias, passemos ao estudo do caso dos *shopping centers*.

## IV. CENTROS COMERCIAIS PLANEJADOS – OS *SHOPPING CENTERS*

Nesta seção, apresentaremos uma descrição detalhada dos *shopping centers* com o objetivo de dominarmos seu conceito, a natureza de suas atividades e as complexas relações que são estabelecidas entre empreendedores, administradores e lojistas com o intuito de plena realização de seu negócio.

Para tal, abordaremos sua história, sua origem e evolução, caracterizaremos o empreendimento como associação de esforços e recursos de diferentes fontes. Destacaremos o vínculo intrínseco desse empreendimento com o comércio e a prestação de serviço. Procuraremos dimensionar economicamente o setor, situando sua inserção na economia nacional e, principalmente, para fins de subsequente identificação e caracterização da elisão, iremos apresentar o desafio jurídico que eles representam, suas idiossincrasias que, convenientemente, levarão ao abuso de forma e ao abuso de direito.

### IV. 1. HISTÓRIA E CONCEITO

“Templo do consumo”, “catedral da mercadoria”, esse tipo de empreendimento originou-se, modernamente<sup>24</sup>, nos Estados Unidos após a Segunda Grande Guerra — mais precisamente no final da década de 40. Sua origem está associada ao aumento do poder aquisitivo da população, ao desenvolvimento da indústria automobilística e à descentralização da população para as zonas periféricas, fatores estes determinados pela vitoriosa participação americana na Segunda Guerra Mundial.

Diante da competitividade da economia de mercado e da enorme necessidade de reduzir o tempo gasto com deslocamentos, a idéia de um centro comercial planejado (os *shopping centers*) — natural consequência do crescimento das cidades — surgiu como uma alternativa inteligente, para reunir comércio e entretenimento, ofertando ao consumidor e usuário horas de lazer e consumo. Atualmente, esse empreendimento atingiu um elevado nível de modernização e diversificação e mais do que centros de compras, sociologicamente podem ser

---

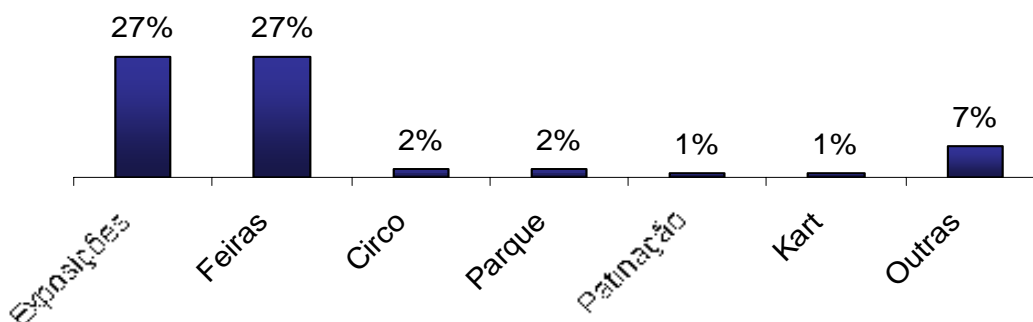
<sup>24</sup> Na verdade, *shopping center* não é uma inovação recente. O *Grand Bazaar* de *Isfahan*, que é uma estrutura coberta de dez quilômetros, data do Século X a.C. O *Oxford Covered Market* (Mercado Coberto de *Oxford*) foi aberto oficialmente em 1 de novembro de 1774, e existe até os dias atuais. Em 1828, o primeiro *shopping center* foi criado nos Estados Unidos da América, em *Rhode Island*.

entendidos como complexos centros de cultura, convivência ou mesmo de exclusão<sup>25</sup>.

Independente do ponto de vista de análise, o *shopping center* é uma realidade que atrai milhares de pessoas, sobretudo nas grandes cidades, onde o cliente pode usufruir em um local único de uma variedade de lojas, produtos e serviços. Além disso, usufruem de conforto em temperatura controlada, o acesso cômodo, a segurança e o estacionamento próprio.

Para o sucesso do empreendimento, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um *shopping center* certos tipos de serviços como bancos, cinemas, correios, *playground*, parques de diversão, feiras, exposições e comércios satélites como restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc. Mesmo quando o *shopping center* tem um perfil específico para atender uma determinada atividade comercial (construção, utilidades domésticas, moda, etc.) busca-se uma concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes.

#### Tipos de atividades temporárias em operação



**Figura IV.1. Perfil dos Shopping Centers – Ocupação de Mall.**

Fonte: ABRASCE, Disponível em <<http://www.abrasce.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

Atualmente, esse tipo de estrutura representa, sem dúvida, a mais moderna técnica de comércio do tipo varejista, ou mesmo atacadista, em função da relação

---

O *Galleria Vittorio Emanuele II* em Milão foi criado na década de 1860. Fonte: *Wikipédia*, disponível em, <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Shopping\\_center](http://pt.wikipedia.org/wiki/Shopping_center)>, acesso em 30-09-2006.

<sup>25</sup> Nesse sentido e no questionamento se um *shopping center* é espaço público ou privado, ver (PADILHA, 2006).

estabelecida entre empreendedor-administrador e os lojistas. Aqueles também participam dos lucros obtidos por cada uma das lojas que se estabelecem no *shopping center*, o que leva à busca incessante pelo sucesso por parte de ambos.

No Brasil, o primeiro *shopping center* foi inaugurado em 1966, em São Paulo. É gerenciado pela *Iguatemi Empresa de Shopping Center S/A* que pertence ao “Grupo Jereissati”, do Estado do Ceará. Aqui, eles foram construídos exatamente como nos Estados Unidos. A segurança, a facilidade de encontrar tudo no mesmo lugar e a idéia de modernidade e progresso aliada ao *shopping* foram os maiores atrativos para os brasileiros elegerem esse “templo do consumo” como lugar privilegiado para compras e lazer.

Os proprietários de *shoppings* são normalmente grandes grupos de investidores, empresas de participação, *holdings* ou construtoras<sup>26</sup>. A maior parte dos recursos para esses empreendimentos vem da iniciativa privada, incluindo o financiamento por bancos privados, os Fundos Imobiliários<sup>27</sup>, a participação de fundos de pensão<sup>28</sup> e outros investidores privados reunidos em acordos societários através da aquisição de quotas-partes<sup>29</sup>. Cerca de 20% dos recursos vem do

---

<sup>26</sup> Para uma perspectiva dos aspectos econômicos e estruturais de composição de investimentos e análise de riscos, ver (MONETTI, 1995).

<sup>27</sup> Criados em junho de 1993, pela Lei 8.668 e regulamentados pela CVM-Comissão de Valores Mobiliários (Instruções n.ºs 205, 206 e 389), os fundos são “condomínios” de investidores, que funcionam de forma semelhante aos fundos de ações e renda fixa. Os fundos foram criados à imagem e semelhança dos *Real Estate Investment Trust* (Reits), que já existem nos Estados Unidos há mais de 30 anos. Nos fundos imobiliários, o patrimônio é dividido em cotas, que são valores mobiliários de renda variável. Depois de adquirida uma cota, não há possibilidade de resgatá-la. Para liquidar o investimento, o cotista deverá vender sua cota a terceiros. Outra opção é vender parte da cota.

Pela lei, os fundos são obrigados a serem administrados por instituições financeiras e a aplicar no mínimo 75% do seu patrimônio em bens e direitos imobiliários. O fundo imobiliário é isento de imposto, inclusive Imposto de Renda, que só incide sobre as receitas financeiras obtidas com as aplicações do saldo de caixa do fundo. Atualmente, qualquer que seja o contribuinte, há uma retenção de 20% na fonte para as distribuições e ganhos de capital.

<sup>28</sup> Em 2001, dos 64% de recursos próprios do empreendedor, cerca de 25% estavam nas mãos dos fundos de pensão que, em geral, começam a investir depois que o empreendimento entra em operação. Fonte: <[http://www.abrasce.com.br/arq\\_virtual/revista/2001/revmar/financiam.htm](http://www.abrasce.com.br/arq_virtual/revista/2001/revmar/financiam.htm)>, acesso em 01-08-2006.

Chama a atenção o interesse dos fundos de pensão nos *shopping centers*. Embora não tenhamos tido acesso a ela, uma obra que, certamente, se aprofunda nessa questão é: RAMOS, Marcos Henrique G. e FREITAS, Pablo Assis (2000). *A importância dos Shoppings Centers na carteira imobiliária dos Fundos de Pensão*. Monografia do curso de Pós-Graduação em Controladoria e Finanças, Universidade Federal Fluminense, 2000.

<sup>29</sup> Em trabalho compilado possivelmente em 1997, Gustavo Moacyr, (MOACYR, 1997), citando relatório setorial do BNDES, (SANTOS, 1996), indica os seguintes grupos atuando com destaque no setor, em âmbito nacional, são: **Ancar**, com empreendimentos no Rio de Janeiro, Porto Alegre, Recife e Brasília; **La Fonte** com shoppings em São Paulo, Praias de Bela (PA), Belo Horizonte, Recife e Campo Grande; **Ecisa** atuando no Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Campo Grande e

governo. Desses 20%, a parcela do BNDES<sup>30</sup> vem correspondendo a aproximadamente 75%<sup>31</sup>.

Uma vez em funcionamento, a principal receita de um *shopping center*, para os empreendedores-cotistas, corresponde ao aluguel cobrado – formado por uma parte fixa e outra variável. O valor deste aluguel pode ser influenciado, entre outros motivos, pelo tipo de loja em questão, considerando-se se interessa à administração ter um determinado lojista e se ele é um importante chamariz de público, o que pode fazer que o valor do aluguel seja menor.

Outras receitas podem ser obtidas com a utilização de áreas comuns, procurando-se aproveitar, assim, todo o espaço físico. Os exemplos são vários, entre elas, destacam-se lançamentos de veículos, locações temporárias para quiosques, estacionamento, feiras, exposições e *merchandising*. Como despesas operacionais destacam-se os crescentes gastos com marketing, administração, treinamento e segurança.

## IV.2. PANORÂMICA ECONÔMICA DO SETOR DE *SHOPPING CENTERS*

### IV.2.1. Representatividade econômica do setor.

O segmento dos *shopping centers* representa 26% do faturamento do varejo brasileiro com expansão aproximada de 12% ao ano, de acordo com a ABRASCE<sup>32</sup> (Associação Brasileira de *Shopping Centers*).

---

Recife; **OAS-PPS** em São Paulo, Maceió, Salvador, Belém e Manaus; **Renasce (Multiplan)** em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Belo Horizonte e Campo Grande; **Embrascenter (Brascan)**, com atuação no Rio de Janeiro. A esses, obviamente, acrescentamos o **Grupo Iguatemi**, a maior empresa de *shopping centers* do país.

<sup>30</sup> **Em 2004: “BNDES estima que emprestará mais para os shoppings em 2005.** O gerente do departamento de bens de consumo e de serviço do BNDES, Carlos Eduardo Castello Branco, disse acreditar que os repasses para *shopping centers* tendem a aumentar em 2005. Ela acredita que em 2004 sejam menores do que no ano passado. Segundo ele, em 2004, até agora, o BNDES investiu R\$ 42 milhões. Em 2003, os desembolsos foram de R\$ 149 milhões. Ele participou do painel sobre financiamento no 8º Congresso Internacional de *Shopping Centers*. O presidente do grupo Multiplan, José Isaac Peres, coordenador do painel, disse que os valores são baixos, levando em conta que cada *shopping* custa em média R\$ 100 milhões para ser construído. Castello Branco informou que não foram liberados mais recursos, por falta de projetos. Quanto à linha BNDES automática, até R\$ 10 milhões, recursos muito utilizados nas expansões dos *shoppings*. Castello Branco disse que a linha está fechada realmente, mas cabe ao setor apresentar argumentos no banco para que sejam reabertas.” Fonte: <<http://www.abrasce.com.br/8congresso.htm>>, acesso em 01-08-2006.

<sup>31</sup> BNDES, Relatório Anual – 2004. Disponível em <[www.bndespar.com.br/empresa/desempenho/relatorio/ra2004/relatorio\\_anual2004.pdf](http://www.bndespar.com.br/empresa/desempenho/relatorio/ra2004/relatorio_anual2004.pdf)>, acesso em 01-08-2006.

De acordo com a ALSHOP<sup>33</sup> (Associação Brasileira de Lojistas de *Shopping*) são 601 shoppings no Brasil, com faturamento previsto para 2006 de cerca de R\$ 50 bilhões – o equivalente a 4% do PIB nacional. É um segmento que gera mais de 750 mil empregos diretos e mais de 2,5 milhões se considerados também os indiretos.

#### IV.2.2. Tipos de *shopping centers*<sup>34</sup>, distribuição geográfica, emprego e expansão.

A ALSHOP divulga anualmente o *Censo Brasileiro de Shopping Centers*, levantamento detalhado da indústria de *shopping centers*, no período de janeiro a dezembro, revelando que desde a inauguração da primeira unidade, em 1966, o setor brasileiro de *shopping centers* apresenta um notável crescimento em termos de **ABL (Área Bruta Locável)**, faturamento e empregos gerados. Desta forma, o ano de 2006 teve início com 601 shoppings em funcionamento e, ao longo do ano, a previsão é de que sejam inaugurados entre 14 e 18 novos centros de compras.

---

<sup>32</sup> Associação Brasileira de Shopping Centers – <http://www.abrasce.com.br>.

<sup>33</sup> Associação Brasileira de Lojistas de Shopping Centers – <http://www.alshop.com.br>.

<sup>34</sup> Com base na principal publicação internacional sobre o setor, a *International Council of Shopping Center* (ICSC), e no consenso de seus associados, a ABRASCE definiu vários tipos de *shoppings*, distintos da ALSHOP, classificando-os da seguinte maneira:

- **Vizinhança** - reúne lojas de conveniência e tem como âncora o supermercado variando a sua área entre 3 mil a 15 mil m<sup>2</sup>;
- **Comunitário** - venda de mercadorias em geral, com uma área entre 10mil a 35mil m<sup>2</sup> ancorado em lojas de departamento ou de descontos, supermercados ou hipermercados;
- **Regional** - mercadorias em geral, mas com cerca de 50% alugados a lojas satélites de vestuário, dispendo de uma área de 40 mil a 80 mil m<sup>2</sup>; pelo seu porte só é viável nas grandes cidades e para um público consumidor das classes A e B;
- **Especializado** - composto por lojas especializadas/temáticas como modas, decoração, material esportivo, etc.; e geralmente sem lojas âncoras, com áreas que variam entre 8 mil e 25 mil m<sup>2</sup>, e onde as compras são geralmente planejadas e não por impulso do cliente; é direcionado para as classes A e B;
- **Outlet Center** - constituídos por lojas de fábricas e *off-price* que oferecem preços mais baixos, pagam aluguéis menores e cujo custo de construção é mais reduzido devido às diferenças de acabamento, dispendo de áreas que variam de 5 mil a 40 mil m<sup>2</sup>, possuindo como âncoras grandes lojas de fábricas. Está dirigido principalmente para as classes B e C de cidades com população acima de 300 mil habitantes;
- **Power Center** - reúne um conjunto de lojas âncoras normalmente constituídas lojas de departamento ou de desconto ou *off-price* e com reduzido número de lojas satélites, ocupando áreas entre 8 mil a 25 mil m<sup>2</sup>;
- **Discount Center** - composto normalmente por lojas que trabalham com grandes volumes de produtos vendidos a preços reduzidos com áreas entre 8 mil e 25 mil m<sup>2</sup>;
- **Festival Mall** - comporta somente lojas dedicadas ao lazer, à cultura e restaurantes em áreas de 8 mil a 25 mil m<sup>2</sup> e é dirigido às classes A e B nas grandes cidades.

**Tabela IV.1. Número de *shopping centers* por tipo de *shopping*.**

| TIPOS DE SHOPPINGS      | CENSO – 2004 |               | CENSO - 2005 |               |
|-------------------------|--------------|---------------|--------------|---------------|
|                         | Quantidade   | %             | Quantidade   | %             |
| Tradicionais            | 420          | 72,80         | 436          | 72,55         |
| Temáticos <sup>35</sup> | 44           | 7,63          | 53           | 8,82          |
| <i>Outlets</i>          | 12           | 2,08          | 10           | 1,66          |
| Atacado                 | 24           | 4,15          | 24           | 3,99          |
| Rotativos               | 77           | 13,34         | 78           | 12,98         |
| <b>Total Brasil</b>     | <b>577</b>   | <b>100,00</b> | <b>601</b>   | <b>100,00</b> |

**Fonte:** ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

O censo apresenta um crescimento de 3,51% em novos postos-de-venda, o que representa um aumento de 71.769 para 74.288 no número de lojas. Este crescimento se traduz também em uma significativa contribuição para aumentar o mercado de trabalho, oferecendo cerca de 742.880 oportunidades de emprego. Para 2006, os novos *shopping centers* a serem inaugurados devem abrir aproximadamente 60.100 vagas, totalizando 802.980 postos de trabalho diretos, número que salta para 2,7 milhões quando considerados os empregos diretos e indiretos do varejo de *shoppings*. Seguem quadros comparativos das lojas ativas durante os anos de 2004 e 2005 classificados por regiões e segmento de atuação.

**Tabela IV.2. Número de *shopping centers* por região.**

| REGIÕES  | CENSO – 2004 |       | CENSO – 2005 |       |
|----------|--------------|-------|--------------|-------|
|          | Quantidade   | %     | Quantidade   | %     |
| Sudeste  | 314          | 54,43 | 326          | 54,25 |
| Sul      | 122          | 21,14 | 127          | 21,13 |
| Nordeste | 92           | 15,94 | 96           | 15,97 |

<sup>35</sup> *Shoppings* temáticos: centrados na reunião de um mesmo gênero de lojas de um produto ou serviço. (construção, decoração, lazer e entretenimento, venda de automóveis e produtos automotivos, etc.

**Tabela IV.2. Número de *shopping centers* por região (continuação).**

| REGIÕES             | CENSO – 2004 |               | CENSO – 2005 |               |
|---------------------|--------------|---------------|--------------|---------------|
|                     | Quantidade   | %             | Quantidade   | %             |
| Norte               | 12           | 2,08          | 11           | 1,83          |
| Centro-Oeste        | 37           | 6,41          | 41           | 6,82          |
| <b>Total Brasil</b> | <b>577</b>   | <b>100,00</b> | <b>601</b>   | <b>100,00</b> |

Fonte: ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

**Tabela IV.3. Número de lojas em *shopping centers* por região.**

| REGIÕES             | CENSO – 2004  |               | CENSO – 2005  |               |
|---------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
|                     | Quantidade    | %             | Quantidade    | %             |
| Sudeste             | 41.227        | 57,44         | 42.540        | 57,26         |
| Sul                 | 13.445        | 18,73         | 14.092        | 18,97         |
| Nordeste            | 10.741        | 14,97         | 10.844        | 14,60         |
| Norte               | 1.234         | 1,72          | 1.128         | 1,52          |
| Centro-Oeste        | 5.122         | 7,14          | 5.684         | 7,65          |
| <b>Total Brasil</b> | <b>71.769</b> | <b>100,00</b> | <b>74.288</b> | <b>100,00</b> |

Fonte: ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

**Tabela VI.4. Número de lojas por tipo de *shopping center*.**

| TIPOS DE<br><i>SHOPPINGS</i> | CENSO 2004    |            | CENSO 2005    |               |
|------------------------------|---------------|------------|---------------|---------------|
|                              | Quantidade    | %          | Quantidade    | %             |
| Tradicionalis                | 56.876        | 79,25      | 59.578        | 80,20         |
| Temáticos                    | 3.204         | 4,46       | 3.389         | 4,56          |
| <i>Outlets</i>               | 1.452         | 2,03       | 909           | 1,23          |
| Atacado                      | 3.316         | 4,62       | 3.450         | 4,64          |
| Rotativos                    | 6.921         | 9,64       | 6.962         | 9,37          |
| <b>Total Brasil</b>          | <b>71.769</b> | <b>100</b> | <b>74.288</b> | <b>100,00</b> |

Fonte: ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

O setor deve continuar em crescimento. A projeção é de uma expansão de 18,18% do número de *shoppings* e de 22,31% para o número de lojas nos próximos três anos.

### **Empregos**

O censo apresenta um crescimento de 3,51% em novos postos-de-venda, o que representa um aumento de 71.769 para 74.288 no número de lojas. Este crescimento se traduz também em uma significativa contribuição para aumentar o mercado de trabalho, oferecendo cerca de 742.880 oportunidades de emprego. Para 2006, os novos *shoppings centers* a serem inaugurados devem abrir aproximadamente 60.100 vagas, totalizando 802.980 postos de trabalho diretos, número que salta para 2,7 milhões quando considerados os empregos diretos e indiretos do varejo de *shoppings*. Seguem quadros comparativos das lojas ativas durante os anos de 2004 e 2005 classificados por regiões e segmento de atuação.

### **Expansão**

Atualmente, o setor conta com 78 *shoppings* em obras, sendo 56 em construção e 22 em fase de projeto, todos previstos para serem inaugurados nos próximos três anos. Estes novos empreendimentos devem receber cerca de R\$ 5,3 bilhões em investimentos, ou aproximadamente R\$ 64,6 milhões para cada novo *shopping center*. Os quadros a seguir apresentam os *shoppings* em obras e projetos divididos por regiões do País.

Desse total, 18 devem ser inaugurados apenas no Estado de São Paulo. O Estado de São Paulo tem hoje 192 dos 326 *shoppings* da região Sudeste e sozinho responde por 32% do número de *shoppings* de todo o país. Em segundo lugar no ranqueamento de *shoppings* vem o Rio de Janeiro, depois, empatados em terceiro, Minas e Rio Grande do Sul. Alagoas e Amazonas são os dois Estados onde os *shopping centers* estão menos presentes.

Uma tendência que também está sendo observada é a consolidação do processo de interiorização dos *shopping centers* com o saturamento das capitais e o crescimento de *shoppings* temáticos, *powers centers*, os já citados *outlets centers* e *festival malls*, mais os chamados rotativos, ocupados por pequenos lojistas que têm contratos curtos, a partir de um mês.

**Tabela IV.5.. Número de novos *shopping centers* por região (em construção ou em projeto).**

| <b>SHOPPINGS<br/>POR REGIÃO</b> | <b>CENSO – 2004</b> |               | <b>CENSO – 2005</b> |               |
|---------------------------------|---------------------|---------------|---------------------|---------------|
|                                 | Quantidade          | %             | Quantidade          | %             |
| Sudeste                         | 41                  | 62,12         | 42                  | 53,85         |
| Sul                             | 11                  | 16,67         | 17                  | 21,80         |
| Nordeste                        | 10                  | 15,15         | 12                  | 15,38         |
| Norte                           | 1                   | 1,52          | 2                   | 2,56          |
| Centro-Oeste                    | 3                   | 4,54          | 5                   | 6,41          |
| <b>Total Brasil</b>             | <b>66</b>           | <b>100,00</b> | <b>78</b>           | <b>100,00</b> |

Fonte: ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

**Tabela IV.6. Número de novas lojas em *shopping centers* por região (em construção ou em projeto).**

| <b>LOJAS POR<br/>REGIÃO</b> | <b>CENSO – 2004</b> |               | <b>CENSO – 2005</b> |               |
|-----------------------------|---------------------|---------------|---------------------|---------------|
|                             | Quantidade          | %             | Quantidade          | %             |
| Sudeste                     | 5.905               | 62,24         | 6.429               | 55,40         |
| Sul                         | 1.711               | 18,03         | 2.936               | 25,30         |
| Nordeste                    | 1.405               | 14,81         | 1.586               | 13,67         |
| Norte                       | 40                  | 0,42          | 70                  | 0,60          |
| Centro-Oeste                | 427                 | 4,50          | 584                 | 5,03          |
| <b>Total Brasil</b>         | <b>9.488</b>        | <b>100,00</b> | <b>11.605</b>       | <b>100,00</b> |

Fonte: ALSHOP, Disponível em <<http://www.alshop.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

A ABRASCE define o *shopping center* de modo bem específico. De acordo com essa associação, o *shopping center* é um centro comercial planejado sob uma administração única, composto de lojas destinadas à exploração comercial e à prestação de serviços, sujeitas a normas contratuais padronizadas, para manter o equilíbrio da oferta e da funcionalidade, assegurando a convivência integrada e pagando de conformidade com o faturamento.

É interessante que dentro desse conceito, os dados apresentados pela ABRASCE serão significativamente diferentes dos fornecidos pela ALSHOP.

*A Indústria de Shopping Centers conta hoje com 263 shoppings, sendo 246 em operação e 17 em construção. Em 1983, somente 15% dos empreendimentos estavam no interior do país. Hoje, este percentual se elevou para 49%.*

*Os 263 shoppings totalizam **ABL (Área Bruta Locável)** superior a 6.4 milhões de m<sup>2</sup>, compreendendo 41.417 lojas-satélite, 946 lojas-âncora e 1.115 salas de cinema e teatro. O conjunto dos shoppings em operação apresentou a seguinte evolução de vendas nos últimos dois anos: R\$ 36,6 bilhões em 2004 e alcançando R\$ 40,0 bilhões em 2005.*

*As vendas dos shoppings em 2005 representaram 18% do faturamento de todo o varejo nacional, excluídos os setores automotivo e de derivados de petróleo.*

*A indústria de shopping centers vem demonstrando grande vitalidade, contribuindo para o progresso da qualidade de vida no Brasil. Os Shoppings tornaram-se pontos de encontro, pólo de entretenimento, aliando praticidade e segurança. Desempenhou também importante papel na economia, como geradora de cerca de 488.286 empregos diretos e com expressiva integração com a comunidade.*

Não obtivemos dados atualizados, mas a mesma ABRASCE, em informativos de 14 de agosto de 2000, noticia:

*O Brasil é o nono país do mundo em poder de compra, devendo passar para o quinto lugar no ranking em 2001, segundo Stewart. O país tem 62% da ABL da América do Sul, 62% dos shopping centers e 65% das lojas. São 222 empreendimentos, dos quais 22 em construção. No primeiro semestre, segundo os resultados de pesquisa realizada pela Nielsen, as vendas cresceram 6,9% em relação ao mesmo período do ano passado, 23% no tíquete médio e*

1% no tráfego. Stewart revelou que, segundo a pesquisa, o aumento real das receitas de aluguel foi de 16,7%.

E:

A indústria de shopping centers no Brasil está entre as dez maiores do mundo em ABL (Área Bruta Locável).

Desde então, considerando que a expansão conseguida no setor vem sendo alardeada como sucesso, é de se supor que o Brasil vem aumentando a participação nos índices internacionais.

### IV.3. CONCEITOS BÁSICOS ASSOCIADOS.

Seguem alguns conceitos freqüentemente mencionados quando se faz menção aos *shopping centers*. Conhecê-los e compreendê-los, inclusive nas possíveis conotações diferentes dadas por alguns autores, como é o caso dos conceitos de fundo de comércio e da *res sperata*, é fundamental para qualquer análise que se faça do negócio.

#### IV.3.1. *Tenant mix*

Todo o empreendimento de *shopping center* é desenvolvido objetivando o sucesso do empreendimento e a otimização de vendas. Uma das estratégias principais para se alcançar esses objetivos é trabalhar dentro de um conceito de mercadologia e aproveitamento que cria um plano de localização das lojas e a determinação dos ramos de atividades, em função do conjunto, evitando-se assim o acúmulo de lojas de uma mesma atividade.

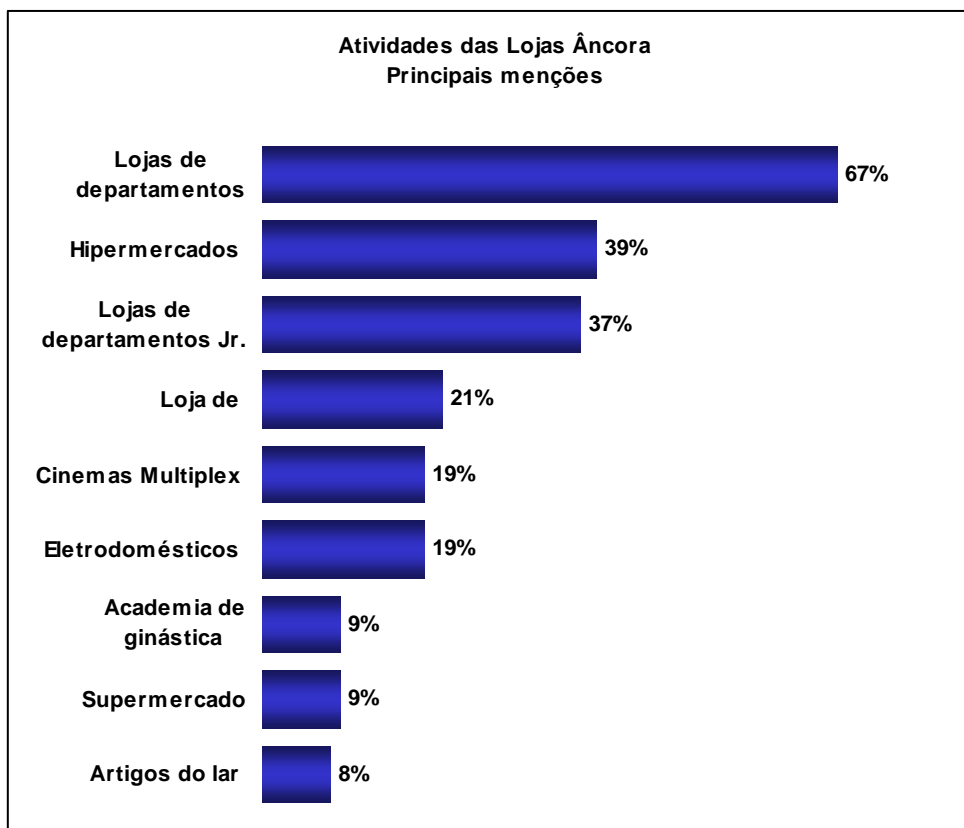
O termo *tenant mix*, cuja tradução literal seria “combinação de locatários”, traduz bem esse conceito.

Esse plano tem como base e referência as grandes lojas, denominadas **lojas-âncoras**<sup>36</sup>. Leva em consideração a qualidade do ramo de negócio, a

---

<sup>36</sup> **Lojas-âncora**: são as que, por si só, valorizam o *shopping*, dão-lhe o suporte de uma clientela cativa. Exemplo: hipermercados, como o *Carrefour*, grandes lojas de departamento como as *Lojas Americanas*, *C&A*, *Mappin*, *Renner*. Atualmente, há a tendência de serem redes de cinema, academias, etc. Nos Estados Unidos, por exemplo, há um *shopping center* em que a âncora é um estádio: o *Arizona Shopping*, nos Estados Unidos, que proporciona um faturamento anual para o empreendedor de US\$ 100 milhões. O *Arizona* é um dos maiores *shoppings* americanos, com um estádio no centro do empreendimento, cercado por um mall com 215 lojas. Tem dois teatros, museu, centro de convenções e 30 restaurantes, além das lojas de *fast food*. Além disso, possui estação própria de rádio e televisão.

capacidade e idoneidade do comerciante pretendente ao uso da loja, a decoração, a administração do *shopping*, a fiscalização e a percentagem no lucro bruto da loja. Mas também, leva em consideração as lojas de menor expressão, as **lojas-satélites**<sup>37</sup>.



**Figura IV.2. Principais atividades de lojas âncora.**

Fonte: ABRASCE, Disponível em <<http://www.abrasce.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

É de se observar a evolução do conceito de loja âncora a crescente incorporação de atividades de lazer e serviços. Cada vez mais a promoção de eventos, como brincadeiras para crianças, concursos, cursos, sorteios, e o uso de canais próprios de comunicação, como revistas, jornais, centrais de atendimento, mala direta, entre outros, são recursos cada vez mais utilizados para atrair consumidores e torná-los fiéis.

<sup>37</sup> **Lojas-satélites:** os comerciantes de sucesso nos diferentes ramos de negócio, os quais, em menor escala, prestigiam o *shopping*, pois obtiveram êxito em seu setor. Por último, preenchem-se os espaços restantes com pequenos comerciantes, os quais são mais dependentes do *shopping* do que este, deles.

A administração do shopping há de preservar o plano do *tenant mix*, pois, a eventual substituição do lojista, por exemplo, que negocia com roupas para homens pode ser admitida por outro comerciante do ramo correlato. Caso contrário, poderá ser comprometido o programa de distribuição das atividades comerciais, com direito reflexo nos mútuos interesses comerciais.

É comum se encontrar ainda, os seguintes conceitos referentes à combinação das lojas.

**Mix disperso:** seu *mix* abrange um amplo espectro de produtos e serviços, que visam a atender objetivos de compras habituais de público situado em área circunvizinha.

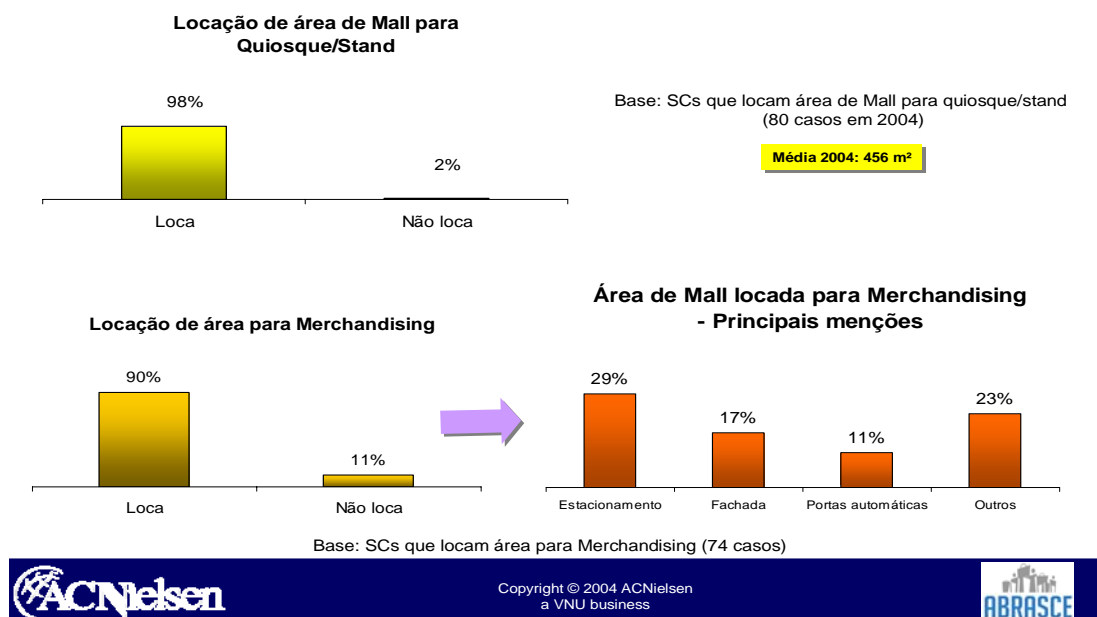
**Mix temático:** o objetivo é a captação de um público disperso na malha urbana (ou, até mesmo, de regiões externas), que busca o atendimento de uma necessidade específica de compra, seja orientado pela intensidade da necessidade de comparação, seja orientado pela imposição de preços reduzidos, ou mesmo, pelo seu enquadramento em setores que desenvolvem atividades específicas.

#### **IV.3.2. Mall.**

O *mall* corresponde ao passeio, aos corredores e galerias, ao espaço de trânsito de pessoas, que se interpõe entre as lojas. É o modo de acesso às lojas e de onde se vislumbrava inicialmente a mercadoria e o estabelecimento comercial.

Nos *shopping centers* de primeira geração as lojas eram abertas para o *mall*, havendo uma continuidade direta. Os próprios *malls* eram abertos. A partir dos *shoppings* de segunda geração, as lojas passaram a se separar dos *malls* por vitrines e os *malls* passaram a ser fechados e aparelhados com iluminação e ventilação artificial. Nessa fase, o *mall* deixou de ser um ponto vazio entre os edifícios para ser o ponto focal. A partir dos *shopping* de terceira geração, voltou-se a valorizar iluminação e ventilação natural e, principalmente, o *mall* passou a ser espaço privilegiado capaz de agregar diretamente valor ao empreendimento como um todo. Seja como um espaço privilegiado de *merchandising*, exposições, feiras, atividades de lazer, seja pela instalação direta de quiosques, balcões para a venda de mercadorias e serviços.

## Mall e Merchandising



**Figura IV.3. Mall e Merchandising.**

Fonte: ABRASCE, Disponível em <<http://www.abrasce.com.br/>>, acesso em 01-08-2006.

Hoje em dia, além dos tradicionais *malls* (fechados), há também os chamados *open malls*, que consistem em complexos, com a mesma estrutura jurídica de um *shopping center* em que as galerias não são fechadas, ou são semi-abertas, e os *street malls*, que se caracterizam, independentemente da forma de organização adotada, por serem centros comerciais de menor porte.

### IV.3.3. Fundo de comércio

Fundo de comércio, hoje modernamente chamado de **Fundos econômicos**, é o conjunto de bens materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, de caráter instrumental e patrimonial, que constituem o estabelecimento comercial. O comerciante, a partir do efetivo exercício de suas atividades, agrega ao seu empreendimento outras necessidades, tais como clientela, fixação de uma marca, etc., além da infra-estrutura do empreendimento.

No caso de um *shopping center* pode-se falar de fundo de comércio tanto do lojista, quanto do empreendedor/administrador do *shopping*. Segundo Ives Gandra,

(MARTINS, 2004), teremos então um grande fundo de comércio, construído e projetado a partir da intenção do empreendedor e levada a termo com a somatória de esforços com os lojistas. A esse grande fundo, Gandra dá o nome de **sobrefundo de comércio**. O próprio *shopping center*, por ser constituído por todos os estabelecimentos que o compõe, é chamado de **sobreestabelecimento**.

Paulo Henrique Wendt, (WENDT, 2000), faz a seguinte indagação: a quem pertence, afinal, o fundo de comércio de um *shopping center*?

*“Para responder tal questionamento nos valem os ensinamentos de Fernando A. Albino de Oliveira que escreve:*

*“Portanto não há como negar a existência de um fundo de comércio tanto do empreendedor como do comerciante.*

*O shopping tem o seu fundo de comércio consubstanciado na própria concepção do empreendimento, na distribuição inteligente e eficaz dos vários ramos de negócio (tenant mix), na estrutura organizacional, na administração, na idealização constante de campanhas promocionais. O comerciante lojista detém a boa imagem do seu nome, marca e sinal distintivo, a especialização no ramo de negócio, o saber promover e vender aqueles produtos, o que lhe proporciona faturamento adequado, do qual o empreendedor participará.*

*(...)*

*Evidente, pois, que o fundo de comércio deve ser analisado distintamente, ressalvada a premissa de que ao lojista coube, antecipadamente, o pagamento de determinado valor – denominado res sperata – o qual tinha o objetivo de indenizar o empreendedor pela cessão de parte de seu fundo.””*

Para (WENDT, 2000) o fundo de comércio, a clientela, por exemplo, é propriedade tanto do *shopping*, quanto do lojista. Para Ives Gandra, (MARTINS, 2004), conforme veremos a seguir, é propriedade exclusiva do *shopping center*.

#### IV.3.4. *Res Sperata*

*Res sperata* é o pagamento pela coisa esperada, associado a um “direito de reserva”, de localização ou de garantia de entrega do local, entendido como contraprestação pelos benefícios do futuro *shopping center*. Em outras palavras, é a cobrança de caução ou reserva de área, quando da construção do empreendimento e que dá início à maioria dos contratos de locação do espaço e do “sobrefundo comercial” dos *shopping centers*. Não se confunde com luvas<sup>38</sup>, arras, mútuo, (WENDT, 2000). Esse é o entendimento de (WENDT, 2000)<sup>39</sup>, (MARINI, 2000)<sup>40</sup> e (D’ANDREA )<sup>41</sup>.

Para Wendt, (WENDT, 2000), a *res sperata* geralmente evidencia-se com o título de “**Contrato de Cessão Parcial de Uso de Infra Estrutura Técnica**”, dentre outras denominações.

Outros juristas entendem que a cobrança associa-se à cessão do Fundo de Comércio (como vimos acima) do empreendedor ao lojista, pelo período de vigência

---

<sup>38</sup> (MARTINS, 2004): “Se a Instalação de um estabelecimento comercial em “*shopping center*” pressupõe a junção de dois patrimônios imateriais para fortalecimento de sua imagem e força empresarial, à evidência, toda a contratação a ser feita pelas partes deve fugir à configuração tradicional de um mero contrato de locação nos moldes da lei de luvas.”

<sup>39</sup> Para Paulo Henrique Wendt, citando novamente Fernando Albino A. de Oliveira, temos:  
“Trata-se da importância paga pelo lojista como retribuição pelos estudos técnicos procedidos pelo empreendedor do *shopping center*, envolvendo pesquisas de mercado, estudos de viabilidade econômica, de projetos e de alocação do *tenant mix*, garantia de reserva de espaço e direito de participar da estrutura organizacional do *shopping center*.”  
(...)  
“A *res sperata* no caso representa verdadeira coisa incorpórea em potência, que, em breve, se traduzirá (ou já se traduziu) no fornecimento de uma estrutura, dispendiosa e dinâmica posta a disposição do inquilino, pertencente ao desenvolvedor em relação à loja, durante a locação.

<sup>40</sup> Para Celso Marini:  
“É um contrato, firmado na fase ainda de construção do prédio onde se estabelecerá o *shopping*, em que o lojista se obrigará, para com o dono do empreendimento, a adiantar parte das despesas com a construção, quantias periódicas até a final construção das obras. Diferencia-se das luvas, eis que esta se trata de soma paga pelo locatário ao locador, na locação comercial, pela valorização do local, crescendo-lhe o valor original; aquela se trata de pagamento antecipado das despesas a serem feitas durante a construção da obra, feito pelo futuro lojista ao empreendedor.”

<sup>41</sup> Para Giulano D’Andrea:  
“A *res sperata* ou simplesmente “coisa esperada” é o valor pago pelo locador tendo em vista os benefícios futuros do empreendimento. Normalmente é paga quando o *shopping center* ainda está em projeto, quando é fixado o ponto específico onde estará localizado o estabelecimento. A *res sperata*, segundo a lição de Sílvio de Salvo Venosa: “é o que se chama ‘sobrefundo de comércio’, representado pelos bens imateriais de que o empreendimento é detentor permanentemente. Tem em mira o lucro futuro, cuidando-se de modalidade de venda de coisa futura” (Lei do Inquilinato Comentada. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 263). O valor dado a título de *res sperata* pertence ao locatário. Assim, caso

do contrato, como é o caso de Ives Gandra, (MARTINS, 2004). Ele se manifesta no sentido da *res sperata* ser, em síntese, a relação contratual entre os lojistas e a empresa empreendedora do *shopping* que se estabelece em duas etapas distintas: a de implantação e a de manutenção.

Na verdade, essa forma de remuneração atual ou futura, representa tão somente parcela do pagamento da utilização futura da loja, a qual se somará os demais custos de manutenção da imagem e do próprio conjunto de estabelecimentos, (MARTINS, 2004).

#### **IV.4. FORMAS DE ASSOCIAÇÃO AO EMPREENDIMENTO**

Verificamos que não há uma padronização contratual para *shopping centers*. Os contratos são firmados conforme conveniência, opções e necessidades de seus idealizadores e partes envolvidas e especificidades do empreendimento.

Ives Gandra, (MARTINS, 2004), comenta que *shopping center* é entidade desconhecida quando da elaboração do nosso Código Comercial ou mesmo não pressentida, no nascimento da legislação sobre locações comerciais. De fato, não há unanimidade pela falta regulamentação e o tema contratual em matéria de *shopping centers* é bastante controverso. Existem divergentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que levam a diferentes formas de enquadramento da interpretação e da classificação desta, já não tão nova, figura jurídica.

Nesta seção, procuraremos expor os dispositivos contratuais, normalmente, mais utilizados nesses empreendimentos. Principalmente, nos *shoppings* que se enquadram na definição restritiva dada pela ABRASCE, estes dispositivos serão maciçamente encontrados.

José Lira e João Basílio, (LIRA e BASÍLIO), dão-nos uma boa introdução a essa questão.

*“Mostra a experiência que a indústria de shopping centers vem sendo organizada no Brasil por meio de associações de empresas, que se destinam a congregar know how e recursos materiais*

---

desista do comércio, no futuro, não caberá ao empreendedor do *shopping center* cobrar de novo locatário este valor, podendo, todavia, fazê-lo, o antigo comerciante.”

*necessários ao êxito do negócio. A regra, portanto, tem sido a da pluralidade de empreendedores.*

*Nos primórdios, o modelo de associação mais freqüentemente observado no setor consistia na constituição, pelos empreendedores, de uma sociedade holding com o propósito específico de implantar e explorar o shopping.*

*A adoção desse modelo, entretanto, logo entrou em desuso, de início por inconveniente de ordem fiscal, hoje superado, representado pelo fato de que, **com a interposição da holding entre os empreendedores e o empreendimento, a legislação fazia incidir dupla tributação** sobre os resultados do shopping, primeiro na holding, depois nos empreendedores.*

*Normas supervenientes afastaram essa dupla incidência tributária, sem, contudo, reverter a tendência à época já consolidada no sentido da rejeição à idéia de constituição da holding, em razão, não só da questão fiscal, mas também dos benefícios operacionais extraídos pelos empreendedores de sua associação pela via puramente contratual.*

*De fato, descartada a interposição da holding em função da legislação fiscal, os empreendedores passaram a regular seus interesses no shopping por acordos para a realização de empreendimento comum, com a aquisição conjunta do respectivo imóvel e o conseqüente surgimento, entre eles, de um condomínio ordinário, regulado pelo Código Civil, conhecido por condomínio pro indiviso, tornando-se cada empreendedor proprietário de uma fração ideal do imóvel. Observe-se que, com a inexistência da holding nesse regime associativo, as regras societárias de transferência de recursos desta para os empreendedores deixaram de ser aplicáveis, o que permitiu um melhor manuseio, pelos empreendedores, dos resultados do shopping.*

*Não raramente, ao sistema de condomínio pro indiviso superpõe-se o de condomínio por unidades autônomas, regulado pela Lei n° 4.591/64, detendo cada empreendedor, em condomínio*

*pro indiviso, uma fração ideal das unidades autônomas componentes do imóvel, ressalvadas aquelas alienadas a terceiros.*

*Em realidade, porém, a utilização do condomínio por unidades autônomas em shopping centers somente encontra justificativa quando necessária a alienação de partes do imóvel a terceiros, caso em que a sua implantação vem sendo cercada, muito corretamente, aliás, da máxima cautela na definição da amplitude das respectivas áreas de uso comum e forma de sua utilização pelos condôminos, a fim de impedir o surgimento de graves dificuldades operacionais para o empreendimento, como a atualização do tenant mix, dentre outras circunstâncias adversas igualmente relevantes. “*

(LIRA e BASÍLIO), negritos nossos.

Como vimos, a forma de associação migrou majoritariamente para formalização jurídica por condomínios. Um condomínio<sup>42</sup> caracteriza-se por determinado direito de propriedade pertencente a vários titulares ao mesmo tempo. Cada condômino usufrui seu direito até onde começa o direito do outro, de acordo com as respectivas quotas. Cada um deles, em face de terceiros, possui a totalidade dos poderes pertinentes ao direito de propriedade e entre si. Assim, em princípio, fica resguardada a convivência pacífica entre todos os condôminos. O condomínio tem a vantagem de trazer para si a responsabilidade da administração do *shopping center*. Neste caso as despesas comuns referentes à limpeza, conservação, segurança e estacionamento são divididas entre os condôminos ou lojistas. Na verdade, na maior parte das vezes, por uma melhor gestão e êxito comercial, o administrador tem autonomia para terceirizar os serviços e firmar contratos em nome do empreendedor.

O condomínio pode assumir três formas:

**Condomínio Diviso ou Pro diviso:** este tipo de condomínio gera a posse para o condômino da parte que lhe cabe e a comunhão não existe de fato, apenas de direito, visto que cada condômino já se localiza numa determinada parte do todo.

---

<sup>42</sup> O condomínio é regido pelo Código Civil Brasileiro, Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (art. 1.314 a 1.358). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2002/L10406.htm>>, acesso em 05-10-2006.

Freqüentemente, o próprio empreendedor exerce a função de administrador, assumindo todas as atribuições perante os lojistas, como fiscalizar e exigir o cumprimento do Regimento Interno, da Escritura Declaratória das Normas Gerais, efetuar a cobrança do aluguel e demais encargos da locação e aplicar sanções pertinentes a cada caso. Não é a forma mais comum de administração encontrada em *shopping centers*, pelo menos naqueles que correspondem ao conceito dado pela ABRASCE. O Condomínio Pro diviso, permite autonomia a cada condômino e fica difícil ou impossível uma administração centralizada que permita uma adequada composição do *tenant mix*. Nesse conceito da ABRASCE, quando este tipo de condomínio aparece, ele será acompanhado, simultaneamente, por uma associação do tipo condomínio pro indiviso, conforme definido abaixo.

O condomínio pro diviso ficará com os encargos referentes ao custeio normal de manutenção de um condomínio (despesas de manutenção, limpeza, segurança, etc.), enquanto que o condomínio pro indiviso ficará com os encargos referentes à administração dos aluguéis, planejamento, *marketing*, fiscalização do movimento comercial dos lojistas, negociação de aluguéis, relações públicas com a comunidade, etc. Ao condomínio pro diviso é associada a lógica do rateamento de despesas de custeio. Ao condomínio pro indiviso é associada à lógica do lucro, da realização do capital, no nosso entendimento, através da remuneração dos lojistas aos serviços prestados pelos empreendedores-administradores do *shopping center*.

Esse condomínio pro diviso gera a posse para o condômino da parte que lhe cabe, dando direito às ações possessórias. O típico exemplo é o condomínio de um edifício de apartamentos.

**Condomínio Especial ou Incorporação Imobiliária:** Quando a relação que se estabelece entre empreendedor e lojista se dá através da compra e venda de espaços, cria-se um condomínio especial entre os lojistas ou entre estes e o empreendedor, quando este ainda possuir algum espaço comercial. O condomínio especial é regido pela Lei 4.591/64<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Disponível em <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1964/4591.htm>>, acesso em 05-10-2006. Alterada pela Lei nº 10.931, de 2004; Incluído pela Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001 - DOU de 05/9/2001 (Edição Extra); Alterada pela Lei nº 7.182, de 27.3.1984; Alterada pelo Decreto-Lei nº 981, de 21.10.1969; Alterada pela Lei nº 6.709, de 31.10.1979; Alterada pela Lei nº 6.434, de 15.7.1977; Alterada pela Lei nº 9.267, de 25.3.1996; Alterada pela Lei nº 8.245, de 18.10.1991; Alterada pela Lei nº 4.864, de 29.11.1965 e retificada pela Lei nº 4.591 - de 16 de dezembro de 1964 - DOU de 21/12/64 – Retificação.

O complexo comercial é regulado por uma Convenção de Condomínio e um Regimento Interno e composto por partes autônomas e partes de uso comum. Aos proprietários das partes autônomas cabem frações ideais das partes de uso comum do *shopping center*, assim como do terreno onde ele está construído; o proprietário das unidades autônomas poderá dispor destas, desde que observando as exigências e imposições inerentes ao empreendimento.

**Condomínio Indiviso ou Pro Indiviso:** nos condomínio indivisos, normalmente adotados como forma de associação dos *shopping centers*, os condôminos não têm a posse de determinada parcela do todo, a comunhão é de fato e de direito, ou seja, tudo é todos. Também conhecido por Tradicional é uma forma de constituição, que permite a compra e a venda ou mesmo a transferência da posse das frações ideais.

Uma vez que chegamos a essa construção jurídica formalizada através de um ou mais condomínios (o pro diviso e o pro indiviso, por vezes, simultâneos), é interessante destacar que sequer há consenso quanto ao local de registro da convenção de condomínio pro indiviso: Títulos e Documentos ou Registro de Imóveis. Ou melhor, sequer há consenso se é necessário registrá-la, (JACOMINO, 2002).

Além das convenções de condomínio citadas, é natural que os condôminos e os lojistas procurem regular, ajustar e projetar no tempo o relacionamento acordado através de uma série de instrumentos. Para tanto, os empreendedores-administradores utilizam-se dos seguintes recursos e instrumentos, (WENDT, 2000):

*“a) **Normas Gerais Complementares:** tem por escopo facilitar e unificar as contratações das unidades integrantes do shopping, de forma que o empreendedor, através de uma Escritura Pública, condense em um único instrumento todas as regras que irão nortear o funcionamento do empreendimento. Não possuem força ex lege, mas sim representam as obrigações contratuais assumidas por lojistas e empreendedores. Disciplinam, entre outros, os seguintes aspectos: instalações das lojas; utilização das áreas comuns e privativas; horários de carga e descarga e de funcionamento das*

lojas e shopping; condições de uso do nome do shopping; penalidades, multas, sanções e etc. Deve caracterizar-se por traçar um perfil, fiel e transparente, da intenção dos empreendedores para com o funcionamento do shopping, dirimindo conflitos e estabelecendo padronizações entre os lojistas.

b) **Regimento Interno:** busca ser um complemento das Normas Gerais Complementares, de forma a dirimir, esclarecer e ratificar ainda mais os direitos, deveres e obrigações de lojistas e empreendedores. Possui tamanha relevância legal, dada a força da livre manifestação das partes, que o seu descumprimento tem o condão de demandar a rescisão contratual.

c) **Estatuto da Associação de Lojistas:** trata-se de entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por escopo fomentar a união entre os lojistas integrantes do empreendimento, não obstante o fato de sua adesão e contribuições serem obrigatórias por força de cláusula inserta em seu contrato de locação. Possui ainda o objetivo de gerir o Fundo de Promoções Coletivas, que nada mais é do que um "caixa" formado a partir de contribuições mensais obrigatórias e que irão financiar eventos e comemorações especiais, tais como a decoração natalina, sorteios nos dias das mães, dias das crianças, etc.

d) **Contrato de Locação:** não obstante as várias discussões e correntes doutrinárias vertentes acerca do referido tema, razão pela qual dedicaremos capítulo especial ao assunto, entretanto podemos de antemão frisar que, na prática, tal instrumento revela-se pela extrema simplicidade, remetendo pois às Normas Gerais e ao Regimento Interno os pontos nevrálgicos do empreendimento."

Interessante notar também que apesar de terem formalizado o empreendimento de *shopping center* como um condomínio, normalmente, a figura do síndico não existe.

#### **IV. 5. RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE OS EMPREENDEDORES-ADMINISTRADORES E OS LOJISTAS**

Em termos gerais, um *shopping center*, pode dar origem a dois empreendimentos distintos. Primeiro, os empreendedores-administradores gerenciam e promovem o *marketing* conjunto e “alugam” as lojas para que se façam vendas de bens e serviços. Segundo, os empreendedores vendem as lojas, cujos proprietários alugam ou desenvolvem seus próprios negócios e exercem a administração sob a forma de condomínio, mantendo as mesmas características físicas e ambientais que tipificam os *shopping centers*. No primeiro caso, a administração é exercida por empresa criada pelos investidores quotistas que têm como remuneração do capital as receitas decorrentes do aluguel das lojas, descontadas as despesas operacionais e os impostos e encargos fiscais. Como vimos, normalmente esta empresa se traveste de condomínio e, por vezes, a administração efetiva de alguns serviços é terceirizada.

Considera-se ainda, que na formação desses contratos, tem-se por meta a realização do empreendimento e a garantia de seu sucesso, devendo as partes harmonizarem-se em tudo o que for necessário e legal para o alcance desse objetivo, sem o qual, inexistiria a figura dos *shopping centers*.

Jorge Nunes, (NUNES, 2002), comenta que no chamado comércio de rua, a única relação entre o lojista e o dono da loja em que eventualmente possa se estabelecer é o contrato de locação do ponto comercial propriamente dito. Todavia, no *shopping center* aquele se submete a todas as regras e condições contratuais previamente estabelecidas pelo empreendedor visando a definição do perfil do empreendimento e o melhoramento dos resultados obtidos no comércio que ali será desenvolvido.

Álvaro Azevedo, (AZEVEDO, 2001) destaca que o empreendedor de *shopping center*, ao ceder o uso de uma loja, tem como interesse principal não apenas receber um aluguel.

*“Ele está longe de ser apenas um investidor do ramo imobiliário, sua ambição é maior, ainda que para realizá-la necessite da co-participação dos lojistas. O principal objetivo do empreendedor é desenvolver o shopping, criar, manter e aumentar, no local, um ponto de atração para os consumidores, valorizá-lo como centro de interesse para pessoas, oferecendo-lhes bens e serviços. Assim, ele se reserva o direito de fiscalizar e administrar as atividades praticadas no shopping, tendo em mente o aprimoramento de um projeto empresarial que criou para si próprio. Os lojistas aceitam participar desse projeto como parceiros - de fato e de direito - do empreendedor. Aceitam porque interessa-lhes a parceria, que deve trazer lucros para as duas partes.”*

Várias dessas regras e condições contratuais previamente estabelecidas – através dos instrumentos jurídicos citados anteriormente e dentre outros – vão tecendo e constituindo um amplo espectro de características complexas, difusas, peculiares, atípicas e, segundo alguns, excêntricas. A presença dessas características é específica a cada negócio juridicamente estabelecido, podendo estar presente ou não. Dentre elas, as mais comuns, destacamos as seguintes:

1. Cobrança da caução, ou direito de reserva – *res sperata*.
2. Fundo de comércio: a quem pertence, afinal, o fundo de comércio de um *shopping center*? Ao empreendedor-administrador, ao lojista ou a ambos?
3. Pelo poder de mercado e econômico do *shopping*, imposição de preços (“aluguéis”) muito acima de seus custos marginais. O comportamento do *shopping* de cobrar preços muito acima de seus concorrentes denota sua capacidade de agir de maneira indiferente e independente aos outros agentes.
4. Obrigação de contribuir para um fundo de promoções do *shopping* (adesão compulsória).
5. Obrigação de participar de uma associação de lojistas (adesão compulsória).
6. Pagar um aluguel mínimo fixo (em função da área e posicionamento da unidade no *shopping*) e um variável (percentual sobre o valor do

faturamento bruto, normalmente, em torno de 4%). As lojas classificadas como "lojas âncora", normalmente, se beneficiam com uma redução deste percentual variável.

7. Uma das peculiaridades do contrato decorre do princípio de que, quanto maior o espaço locado, menor será a contribuição do respectivo lojista pelo metro quadrado respectivo, tendo em vista que, caso contrário, se inviabilizaria, economicamente, a locação de espaços maiores, como as lojas-âncora.
8. Pagamento de aluguel em dobro no mês de dezembro, em função do Natal. Em outros meses, em função de datas tais como Dia das Mães, Dia dos Namorados, Dia dos Pais e Dia das Crianças<sup>44</sup>, mesmo que não seja cobrado o aluguel em dobro, é cobrado um *plus*, um determinado percentual em função do incremento em todas as atividades de suporte oferecida pelo *shopping* e do potencial aumento do faturamento do lojista.
9. Para que o aluguel variável se faça sobre bases reais, o contrato inclui uma cláusula que garante ao locador o exercício de uma fiscalização intensa e constante do faturamento dos lojistas, de todos os registros de operações comerciais, concedendo o direito de realização de auditorias.
10. Os contratos oferecidos são por um longo prazo garantindo ao comerciante fixar um ponto por vários anos.
11. Em função do *tenant mix*, do plano de comercialização, as "Normas Gerais Complementares de Locação dos Salões Comerciais situados no Centro Comercial", adicionadas ao contrato de locação, permitem que a administração do *shopping* interfira na utilização das lojas, além dos já

---

<sup>44</sup> Ao contrário do que transparece na exposição de nossos doutrinadores e da ABRASCE, a relação entre empreendedores-administradores e lojistas nem sempre é tão harmônica, como se vislumbra na notícia reproduzida a seguir:

"Comissão fará debate sobre aluguéis em shopping. A *Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara* vai promover uma sessão especial, em data a ser marcada, para debater o **Projeto de Lei 7137/02**, da deputada Zulaiê Cobra (PSDB-SP), que cria regras para os contratos de aluguéis em *shopping centers*. O projeto acaba com abusos dos empreendedores de shopping, como a cobrança do 13º aluguel em dezembro, por causa do Natal, e do 14º aluguel em maio, pelo movimento do Dia das Mães. Zulaiê também quer eliminar a cobrança de despesas injustificadas de condomínio e outros encargos em caso de cessão ou sublocação do imóvel alugado. Levantamento feito em 2000 apontava a existência de 542 *shopping centers* em funcionamento no país, com 61.630 lojas em atividade." Disponível em <[http://www.psdb.org.br/diario/htm/diario\\_numero09.htm#12](http://www.psdb.org.br/diario/htm/diario_numero09.htm#12)>, acesso em 01-08-2006.

citados, em aspectos tais como: construção, reforma do imóvel e sua destinação, modificações do projeto de construção; projetos e obras; decoração; utilização dos salões comerciais; as áreas de circulação e uso comum e dos serviços; os encargos e despesas decorrentes da locação; a garantia das exigências dos poderes públicos; a cessão, sublocação ou empréstimo dos salões comerciais; o regulamento interno e a associação dos lojistas.

12. Ultimamente têm surgido outros tipos de pontos de venda que são os quiosques, balcões, *stands*, *boxes* e carrinhos, que se distribuem ao longo dos corredores internos (*mall*) dos *shoppings*. Para atuar nesses espaços os comerciantes não precisam pagar *res sperata*, entretanto, o preço do aluguel por metro quadrado costuma ser igual ou superior ao cobrado das lojas. O contrato inicial desses espaços costuma ser de dois meses e renovável se o comerciante se sair bem.
13. O *shopping* poderá controlar o fluxo de pessoas para o *shopping* e lojas, para traçar um perfil de tráfego para melhor negociar os seus espaços.
14. O *shopping* impõe a algumas das lojas nele instaladas cláusula de exclusividade, pela qual o locatário não poderá instalar filiais em outros *shoppings* apontados no contrato<sup>45</sup>.
15. Ação renovatória peculiar. A Lei que permite a Renovação Judicial das locações não residenciais **excluiu** do locador a faculdade de pedir o imóvel para uso próprio ou de cônjuge, ascendentes ou descendentes, quando o espaço locado estiver situado em *shopping centers*. Nessa modalidade de locação, embora a Lei estabeleça que prevalecerão as condições livremente pactuadas (*art. 54*), foi mantida a locação dentro da legislação inquilinária especial, deixando claro que a norma não interferirá na forma contratada, porque reconhece a peculiaridade do sistema de *shopping centers*; contudo as regras processuais e os princípios legais deverão ser observados. Ocorrência de cláusula

---

<sup>45</sup> O sentimento desse abuso do poder econômico pode ser vislumbrado pelas queixas apresentadas ao CADE-Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conforme se pode verificar, por exemplo, nos *links* a seguir.

- <<http://www.cade.gov.br/plen%E1rio/Sess%E3o%20338/Relat/Voto-PA-2001-08012-002841-ShoppingD-CenterNorte-Pfeiffer.pdf>>, acesso em 25-09-2006.
- <<http://www.cade.gov.br/sitebkp/Votos/votoPfeiffer/rela009991-1998.pdf>>, acesso em 25-09-2006.

direcionada a inibir o direito à renovatória nos casos de não atingimento de certos patamares de faturamento preestabelecidos (cláusula de performance ou desempenho).

16. Ação revisional peculiar. Ocorrência de cláusula direcionada a reajustar o valor do aluguel em função do nível de incremento na arrecadação do lojista.
17. Responsabilidade civil: roubos e danos ocorridos em veículos nas áreas de estacionamento de veículos automotores, incêndio nas partes comuns e no interior das lojas, acidentes ocorridos nas áreas comuns, furtos ocorridos no interior das lojas; responsabilidade pela má administração do empreendimento, etc.

Até a entrada em vigor da Lei nº 8.245/91<sup>46</sup> – “A Lei do Inquilinato” -- os contratos estabelecidos entre os empreendedores-administradores e os lojistas não eram regulados por qualquer legislação, enquanto nossa doutrina divergia a respeito da natureza jurídica respectiva. Roberto Pinto, (PINTO, 2001), ao fundamentar resposta a uma consulta discorre sobre a natureza jurídica dos contratos estabelecidos. Pela clareza, riqueza e didatismo de sua exposição, passamos a reproduzi-la a seguir:

*“2.1.1. - Até então, havia 3 correntes doutrinárias, a saber:*

---

<sup>46</sup> “Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

*I - por determinação do Poder Público, tiver que realizar no imóvel obras que importarem na sua radical transformação; ou para fazer modificação de tal natureza que aumente o valor do negócio ou da propriedade;*

*II - o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.*

*§ 1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio, com as instalações e pertences.*

*§ 2º Nas locações de espaço em shopping centers, o locador não poderá recusar a renovação do contrato com fundamento no inciso II deste artigo.*

*(...)*

*Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.*

*§ 1º O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center:*

*a) as despesas referidas nas alíneas "a", "b" e "d" do parágrafo único do art. 22; e*

*b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.*

*§ 2º As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas.”*

a) o contrato em apreço seria puramente de locação, contrato-tipo, embora admitindo certas regras específicas, que, segundo seus defensores, não descaracterizariam o contrato de locação, aplicando-se-lhe, assim, as normas legais sobre esse tipo contratual;

b) embora o contrato contivesse elementos mais característicos do contrato de locação, nele havia elementos novos, misturados com de outros contratos, de tal modo que o tornavam um novo contrato, em que as normas legais da locação prevaleciam, exceto no tocante às especificidades desse novo contrato; seriam contratos atípicos *stricto sensu*;

c) a terceira corrente considerava que se tratava de contrato novo, atípico, sem a prevalência da locação, aplicando-se-lhe, pois, apenas os princípios gerais de Direito.”

2.2. Com o advento da lei marginada, a terceira corrente estaria afastada e o contrato deveria ser de locação-tipo, posto regulado por lei.

2.1.2. - Mas, a falta de tecnicidade da nova lei de locações, que permitiu a livre negociação entre as partes e afastou a incidência de normas locativas engessadoras desse negócio jurídico, embora o trouxesse para o âmbito da locação, por outro lado acarretou dificuldades de classificação, por parte de nossa doutrina. “

A partir de agora, Roberto Pinto enriquece sua exposição apresentando a visão, nem sempre convergente, de ilustre juristas.

“2.3. - Por exemplo, o pranteado Prof. Darcy Bessone, em excepcional trabalho publicado na RT 680, p. 23 e segs., apesar da vigência da lei em tela, continuou considerando o contrato em questão como atípico, sob o argumento de que a lei, através do seu *nomen juris*, não pode alterar a natureza de um contrato.

“A questão, que agora me proponho, é a de saber se a Lei 8.245 pôs termo ao debate sobre a natureza jurídica das relações entre o empreendedor, ou dono do shopping center, e o lojista. A resposta afirmativa poderia ser deduzida da letra do art. 54, que menciona

*expressamente a locação. (omissis) Permito-me questionar: o nome atribuído por uma lei a certas relações contratuais é suficiente para alterar a sua natureza jurídica? Os franceses dizem: "Il y a le nom et la chose" A coisa é uma, o nome é outro. **Se se atribui nome errado a uma certa coisa, ela não deixa de ser o que é. Se a um homem dá-se o nome de mulher, ele não muda de sexo só por isso.**"*

2.3.1. - Já o eminente magistrado paulista, Sílvio Venosa, in "Nova Lei do Inquilinato Comentada - Doutrina e Prática", Ed. Atlas, 1.992, p. 197/8, ressalta que, em havendo lei, impondo certas regras de locação ao contrato, este seria de locação, apesar de suas características, verbis:

*"O contrato celebrado entre o empresário do shopping e o lojista é, sem dúvida, uma figura nova no direito brasileiro, a aguçar os espíritos dos estudiosos. Nessa relação existe um cunho locacional, o qual, no entanto, não é o único e nem sempre o preponderante... Ora, agora legem habemus: o mesmo princípio enunciado pelos autores continua válido e, como apontamos acima, aplica-se à presente lei em tudo aquilo que se harmonizar e não conflitar com a natureza desse empreendimento comercial. Outra não pode ser a solução, tendo em vista a presença deste artigo e do parágrafo segundo do artigo 52."*

2.3.2. - No mesmo sentido, o também eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sylvio Capanema de Souza ("A Nova Lei do Inquilinato Comentada", Forense, 3ª ed. P. 202/3), esclarece, verbis:

*"Este (art. 54) é outro dispositivo que rege, especificamente, as relações entre empreendedores e lojistas de shopping centers. Já tivemos oportunidade de observar que estes contratos de locação contêm cláusulas atípicas. Entre elas podemos citar: ..... (omissis) Estas disposições não chegam a descaracterizar o contrato, retirando-lhe a natureza jurídica de locação, mas criam diferenças significativas, que exigem tratamento legal também diverso. São estas condições especiais, de conteúdo puramente*

econômico, que o artigo 54 preserva, até para que o próprio empreendimento sobreviva... (omissis) O que a lei permite, ainda que fugindo ao sistema comum, são as disposições atípicas, mas de índole econômica, que as partes livremente pactuam, de acordo com a realidade e a experiência do mercado."

2.3.3. - O ínclito magistrado, Francisco Carlos Rocha de Barros, no seu excelente livro "Comentários à Lei do Inquilinato", Ed. Saraiva, 1.995, p. 295 e segs., por sua vez, expressa sua perplexidade quanto ao enquadramento dos contratos de shopping centers na lei de locações de prédios urbanos, lecionando:

"A verdade é que esse negócio jurídico surpreende e desafia os juristas. A complexidade e variedade dos interesses que devem ser concentrados não encontram acomodação satisfatória nos contratos típicos que se conhece. ...(omissis) Vários são os ajustes dos quais resulta, para o lojista, a imposição de deveres singulares, ...(omissis) A tais obrigações correspondem direitos do empreendedor, que não são comuns Direitos e obrigações, reciprocamente, assumidos, que resultam de contratação complexa, difusa e atípica. **Ainda que se alegue ser predominante o aspecto locatício, a excentricidade da negociação está reclamando legislação específica que a regule.** Aliás, essa prevalência da locação é bastante discutível quando se analisa o shopping como um organismo. Acima do interesse jurídico que possa despertar cada uma das cessões de uso de espaço feitas para os lojistas sobrepõe-se o interesse econômico de uma organização da qual participam empreendedor e lojistas, agindo e se comportando como um todo."

2.3.4. - Apesar da divergência de opiniões doutrinárias, no que tange ao enquadramento da natureza jurídica dos contratos, envolvendo empreendedor e lojistas de shopping centers, há consenso em que apenas as cláusulas específicas desse tipo de contrato estão liberadas para a livre negociação, desde que, evidentemente, não firam os princípios gerais de Direito. Já os demais dispositivos contratuais se submeteriam ao ditames da lei de locação.

2.3.5. - *Essa conclusão decorre do simples fato de que, na lei de locação, esse contrato foi incluído. Portanto, as normas nela previstas sobre garantia, por exemplo, ser-lhe-iam aplicadas, já que não há especificidade sobre essa matéria nesse tipo de negócio jurídico.*

2.3.6. - *Na realidade, o conceito de contrato atípico stricto sensu se aplica ao caso sob exame, em função do Direito Positivo, posto que, conquanto este contrato tenha sido tipificado como locação, o próprio diploma legal excepciona a aplicação dos seus dispositivos aos ajustes peculiares desse negócio, que têm tratamento diferenciado, na medida em que lhes é permitida a livre negociação, enquanto as disposições comuns às locações em geral são objeto da aplicação das normas legais.*

2.3.7. - *Portanto, em que pese a dificuldade de denominação da natureza jurídica desse contrato, dada a falta de tecnicidade da lei, o critério de interpretação seria o apontado no item 2.3.4. retro, em que apenas as cláusulas peculiares do negócio jurídico estariam sujeitas ao acordo das partes, sem que sobre elas se aplicassem as normas gerais da Lei nº 8.245/91.*

2.4. - *Acresça-se à complexidade do tema, a importante contribuição do eminente Professor Fábio Konder Comparato, no trabalho publicado sob o título "As cláusulas de não concorrência nos "shopping centers", RDM 97, p. 23 e segs., que, com base no direito alemão, conceituou o negócio jurídico analisado como grupal, conceito esse a ser aplicado, adiante, ao caso sob exame, verbis:*

*"Vale dizer, o centro comercial tem a sua clientela própria, atraída pelo agrupamento de lojas e não por esta ou aquela em particular. Estamos, portanto, diante de uma autêntica universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial. O instrumento de constituição dessa universalidade de direito é o contrato grupal, figura nova no conjunto das categorias jurídicas. Não se trata, como no contrato plurilateral, de uma única relação englobando duas ou mais partes, reunidas em torno do escopo comum. O contrato de grupo tem uma estrutura*

*bilateral e até sinalagmática, comportando o intercâmbio de duas prestações. Mas ele só existe coligado a outros contratos da mesma espécie, nos quais aparece sempre a mesma parte, como elemento unificador do conjunto. O agrupamento contratual é, portanto, condição de realização do interesse econômico de cada um dos contratantes agrupados.*

*O exemplo clássico é o seguro em grupo, ou coletivo.*

*2.4.1. - Quando o ilustre Professor Comparato se refere à exploração conjunta do shopping center, para fins de atração da clientela, qualificando-o como contrato grupal, não deixa de enfatizar, assim como toda a doutrina, as características peculiares desse contrato entre empreendedor e lojistas.*

*2.4.2. - Um dos aspectos característicos desse contrato é a centralização da administração, de responsabilidade do empreendedor, que deve procurar sempre a maximização dos resultados do shopping center e agir em prol do interesse coletivo, correspondendo essa atribuição à sua "prestação", mencionada pelo ilustre jurista a propósito mencionado. (negritos nossos)*

Não existe pacificação na área. Vários estudiosos se manifestam sobre os *shopping centers*, justamente, procurando apresentar e comentar suas peculiaridades e de como nossos juristas e tribunais vêm se manifestando sobre o tema. Entre eles podemos citar de imediato os seguintes: (AZEVEDO, 1989)<sup>47</sup>, (BALSINI, 2002), (BASÍLIO, 2005), (D'ANDREA), (MARINI, 2000), (MIRANDA), (NUNES, 2002), (PINTO, 2001)<sup>48</sup> e (WENDT, 2000). Nessa bibliografia, os autores discutem e citam as opiniões de juristas o posicionamento adotado por alguns tribunais. Há os que são adeptos da teoria do contrato de locação, da locação com atipicidade; da atipicidade *strict sensu*, da atipicidade mista, dos contratos coligados.

Há ainda os que defendem a criação de novos nomes e institutos para esse contrato peculiar, (MIRANDA). Alfredo Buzaid defende a instituição de um "**contrato**

---

<sup>47</sup> Parecer jurídico contratado pela BRASCAN - Empresa de *Shopping Center*", sobre a natureza jurídica do contrato de utilização de unidade autônoma de *Shopping Center*", solicitando realce de seus aspectos fundamentais.

<sup>48</sup> Resposta à consulta: "*Pode o empreendedor do shopping center cobrar dos lojistas os encargos da locação dos espaços comerciais que não estejam ocupados? Seria determinante para essa cobrança o fato de o contrato estipular a expressão "locados", ou "locáveis" ?*"

**de estabelecimento**". Darcy Bessone de Oliveira Andrade chegou a apresentar um Anteprojeto de Lei, publicado no Diário Oficial de 08/08/1994, que em seus 22 artigos dispõe sobre *shopping center*, e, buscando tipificar este novo contrato chegou a dar-lhe o nome controverso de "**comunidade empresarial vendedora – CEV**".

Como nos diz Maria Miranda, (MIRANDA), os aspectos controvertidos do disposto nesse negócio jurídico, que desafiou as mais cultas e sábias cabeças do cenário jurídico apenas, vem reforçar a teoria de existência, de uma atipicidade contratual.

*"o shopping center fez nascer um tipo novo de negócio jurídico que merece ordenamento próprio. É possível identificar a coordenação ou coligação de vários contratos que estruturam juridicamente a organização e atividade e "enquanto lei específica não há, alertava que frente a "fato novo" não se poderia aplicar ad litteram as normas da velha Lei de Luvas, lastimavelmente repetidas na Lei nº 8.245/91. Necessário se fazia que fossem conjugadas as regras do direito comum, da lei do inquilinato e dos princípios de equidade, atentando-se às circunstâncias especiais de cada caso concreto."*

Maria Miranda, (MIRANDA), citando e comentando Carlos Alberto Menezes, TJRJ (RT 651/236).

Maria Helena Diniz, adverte:

*"A moldura do contrato de locação não é idônea para guarnecer a relação entre o empreendedor, o shopping e o lojista. Este contrai obrigações que não são próprias de um locatário. Antes da entrega da loja, os lojistas terão o ônus de pagar uma quantia, que não será certamente "luvas", visto que não há ainda contrato de locação. Trata-se de uma quantia paga à título de reserva ou de garantia, devida na fase de construção do empreendimento e também quando já está concluído e em funcionamento. **A administradora do shopping poderá fiscalizar o faturamento bruto da loja, averiguando os livros e registros que contenham a escrituração contábil, balanços e estoques de mercadorias, registro de vendas à vista e a crédito e o movimento diário das operações***

***mercantis. Essa intromissão na contabilidade de cada loja terá por escopo apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do aluguel participativo, de tal sorte que o lojista não poderá negar, se solicitado, a apresentação desses livros de registros. Tal sindicância não haverá num contrato de locação, sendo até mesmo incompatível com ele.***” (negrito nosso)

Citada e comentada por Celso Marini, (MARINI, 2000).

O próprio Marini reforça, (MARINI, 2000).

*“Entendemos, que mais correto seria compreendermos, o contrato envolvendo unidade em shopping center, como uma forma contratual atípica mista, onde a locação é o ajuste central da sua natureza jurídica, gravitando em seu redor, outras avenças, negócios inonimados (p.ex. contratos de prestação de serviços, etc.), ainda que apenas e tão somente possam existir enquanto perdurar a relação de locação, pois são lícitas todas as cláusulas e condições não vedadas.”*

Considerando as peculiaridades já descritas, os negócios inonimados e a despeito de alguns outros doutrinadores classificarem os contratos de *shopping centers* como meramente de locação, para nós é patente, evidente, claro, salta-nos aos olhos, brilha-nos à luz do dia, ressoa em nossos ouvidos que não se trata de contrato típico com plena previsão legal. Trata-se de uma negociação singular que reclama legislação específica que a regulamente.

Essas particularidades levam a enquadrar os contratos de *shopping centers* como contratos atípicos ou, senão, no máximo como atípicos mistos, em função de conter aspectos secundários, similares e associados às relações de locação. Apenas a falta de ordenamento próprio e a leve similaridade vem justificando o apelo aos ordenamentos jurídicos da locação, por aqueles que militam no Direito.

## V. TIPIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS *SHOPPING CENTERS* E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

### V.1. TIPIFICAÇÃO

Nesse capítulo procedemos à tipificação tributária, pois, somente ela conduz à certeza e à segurança de que a tributação terá seu conteúdo especificado por lei. Seja essa lei em seu sentido formal (instrumento normativo proveniente do poder legislativo), seja em seu sentido material (norma jurídica geral, impessoal, abstrata e compulsória). Essa tipificação irá permitir esclarecer ao contribuinte, seus representantes e aos magistrados o reconhecimento da tributação.

Como vimos no capítulo anterior, os *shopping centers*, a despeito de serem um empreendimento antigo, são um novo tipo de “negócio jurídico”, a merecer ordenamento próprio. A relação jurídica que se estabelece com os lojistas, pelas suas inúmeras peculiaridades, não pode ser tratada como mero contrato de locação. O título de locação é mera aparência, pois só haveria locação se a causa do contrato fosse a posse do imóvel, o que não é o caso. O lojista tem o uso do imóvel, ou outro espaço (*stand*, quiosque, balcão, etc.), mas não tem sua posse.

Há o “aluguel” variável, o “aluguel” pago em dobro e outras tantas peculiaridades excêntricas. É um contrato atípico. No máximo, poderíamos admitir que se trate de um contrato atípico misto, com um ou outro aspecto secundário ordenado pelos regulamentos de locações.

Também vimos que considerá-los meramente como um investimento de setor imobiliário é ignorar a natureza e real finalidade do negócio: o de obter faturamento a partir de serviços prestados aos lojistas. É bastante sintomático o próprio BNDES referir-se aos *shopping centers* como empreendimentos do setor de serviços<sup>49</sup> e colocar sua linha de financiamento dentro do setor de serviços.

Também vimos que os *shopping centers* podem formalizar, simultaneamente, relações jurídicas de condomínio pro diviso e de condomínio pro

---

<sup>49</sup> “*Shopping centers* são comumente definidos como **empreendimentos do setor de serviços** que agrupam diversos estabelecimentos comerciais, centralizados arquitetônica e administrativamente. As suas lojas geram, de modo geral, aluguéis fixo ou variável de acordo com o desempenho atingido. Para o crescimento das vendas, é necessários que se adotem ações de comum acordo entre os participantes do empreendimento, com diversas estratégias para o alcance do sucesso comercial.” (SANTOS et. alii, 1996, p.2).

indiviso. O primeiro, em geral, segue a lógica de custeio. O segundo, a lógica do lucro<sup>50</sup>. Entretanto, um e outro formalizam relações de contraprestações de serviços.

Apesar de oculta ou dissimulada o melhor para definir a relação entre o lojista e o empreendedor-administrador é a relação de cessão do direito de integrar e usar a estrutura técnica e elenco de serviços do *shopping center*.

Nessa relação que envolve contraprestações concretizadas no aluguel fixo, o aluguel percentual, a *res sperata*, o fundo de comércio e eventuais taxas, é possível identificar uma série de serviços prestados pelos *shopping centers*, seja diretamente, seja indiretamente através da terceirização de serviços. Dentre eles podemos citar os seguintes serviços que, potencialmente, esporádica ou regularmente, podem ser prestados aos lojistas pelo *shopping center*: planejamento; promoção e publicidade; segurança patrimonial e segurança contra incêndios; administração e finanças; uso de marca; serviços auxiliares e serviços gerais; contabilidade e auditoria; fiscalização; administração de pessoal; distribuição de correspondência; administração de material e almoxarifado; serviços de tesouraria e caixa; operação e manutenção de equipamentos; serviços médicos de emergência; tesouraria e caixas, etc. É importante destacar, que é necessária a análise caso a caso para se determinar exatamente o elenco de serviços embutidos disponibilizados pelo *shopping center* em questão.

A tipificação, isto é o reconhecimento e o enquadramento desse elenco de serviços na lista de serviços estabelecida pela LC 116/2003, pode ser vislumbrada na Tabela V.1, a seguir.

**TABELA V.1. Itens selecionados da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.**

| <b>ITEM</b> | <b>DESCRIÇÃO</b>  |
|-------------|---|
| 2.01        | Serviços de pesquisas e desenvolvimento de qualquer natureza. |
| 3.02        | Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda. |

<sup>50</sup> Relembrando: o condomínio pro diviso ficará com os encargos referentes ao custeio normal de manutenção de um condomínio (despesas de manutenção, limpeza, segurança, etc.), enquanto que o condomínio pro indiviso ficará com os encargos referentes à administração dos aluguéis, planejamento, marketing, *fiscalização* do movimento comercial dos lojistas, negociação de aluguéis, relações públicas com a comunidade, etc. Ao condomínio pro diviso é associada a lógica do rateamento de despesas de custeio. Ao condomínio pro indiviso é associada a lógica do lucro, da realização do capital, no nosso entendimento, através da remuneração dos lojistas aos serviços prestados pelos empreendedores-administradores do *shopping center*.

**TABELA V.1. Itens da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (continuação).**

| <b>ITEM</b> | <b>DESCRIÇÃO</b>   |
|-------------|--|
| 3.03        | <b>Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, stands, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de diversões, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza.</b>  |
| 3.05        | Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário.  |
| 5.07        | Unidade de atendimento, assistência ou tratamento móvel e congêneres.  |
| 7.02        | Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). |
| 7.03        | Elaboração de planos diretores, estudos de viabilidade, estudos organizacionais e outros, relacionados com obras e serviços de engenharia; elaboração de anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos para trabalhos de engenharia.  |
| 7.09        | Varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer.  |
| 7.10        | Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres   |
| 7.11        | Decoração e jardinagem, inclusive corte e poda de árvores.   |
| 7.12        | Controle e tratamento de efluentes de Qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos.   |
| 7.13        | Dedetização, desinfecção, desinsetização, imunização, higienização, desratização, pulverização e congêneres.   |
| 10.08       | Agenciamento de publicidade e propaganda, inclusive o agenciamento de veiculação por quaisquer meios.  |
| 11.01       | Guarda e estacionamento de veículos terrestres automotores, de aeronaves e de embarcações  |
| 11.02       | Vigilância, segurança ou monitoramento de bens e pessoas.  |
| 11.04       | Armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda de bens de qualquer espécie.  |
| 17.01       | Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares.  |
| 17.02       | Datilografia, digitação, estenografia, expediente, secretaria em geral, resposta audível, redação, edição, interpretação, revisão, tradução, apoio e infra-estrutura administrativa e congêneres.  |

**TABELA V.1. Itens da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (continuação).**

| <b>ITEM</b> | <b>DESCRIÇÃO</b>  |
|-------------|---|
| 17.03       | Planejamento, coordenação, programação ou organização técnica, financeira ou administrativa.  |
| 17.04       | Recrutamento, agenciamento, seleção e colocação de mão-de-obra.   |
| 17.05       | Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço.                                |
| 17.12       | Administração em geral, inclusive de bens e negócios de terceiros.  |
| 17.14       | Advocacia.  |
| 17.16       | Auditoria.  |
| 17.19       | Contabilidade, inclusive serviços técnicos e auxiliares   |
| 17.20       | Consultoria e assessoria econômica ou financeira.   |
| 17.22       | Cobrança em geral. Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários. |
| 26.01       | Serviços de coleta, remessa ou entrega de correspondências, documentos, objetos, bens ou valores, inclusive pelos correios e suas agências franqueadas; <i>courrier</i> e congêneres.             |

Entretanto, parece-nos que este não é o melhor caminho para se lidar com a questão. Tentar identificar a atividade, apurar, dimensionar, estimar valores e datas do fato gerador de serviços de diferentes alíquotas para diferentes atividades, considerar eventuais descontos previstos em lei e outros parâmetros necessários ao lançamento, para uma grande variedade de atividades, será tarefa árdua, dará margem a muitos questionamentos pontuais e estimulará a abertura de um leque de contestações.

Parece-nos que a melhor abordagem do problema, a estratégia mais adequada a ser seguida pelo Fisco é o de considerar todo esse elenco de serviços, variável conforme cada caso, como sendo abrangido por uma única rubrica. No caso, a atividade prevista no item 3.03 da Lei Complementar nº 116/2003.

***Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, stands, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de diversões, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza.***

A justificativa dessa tipificação é bem fundamentada e facilmente apreensível. Pois, o que é um *shopping center*, senão um empreendimento com as

características de uma grande feira, um grande centro de convenções, uma grande estrutura com espaços (salas, salões, lojas, auditórios, corredores – *mall* – estacionamento, toaletes, docas, depósitos, etc., etc.) que são explorados economicamente mediante a cessão desses espaços. Sendo, ainda, a cessão desses espaços acompanhada do suporte de toda uma infraestrutura técnica onde se encontram disponibilizados, para uso efetivo ou potencial, todos os serviços já elencados anteriormente. Portanto, não é necessário tipificar cada um dos serviços efetivamente utilizados pelos lojistas, mas somente um que incorpora todos eles.

## V.2. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Como vimos no capítulo IV, de acordo com a ABRASCE o segmento dos *shopping centers* representa 26% do faturamento do varejo brasileiro com expansão aproximada de 12% ao ano. Apesar de trabalharem com conceitos distintos do que seja *shopping center*, e isso provocar discordâncias quanto a alguns parâmetros estatísticos, tanto a ABRASCE quanto a ALSHOP (Associação Brasileira de Lojistas de *Shopping*) prevêem um faturamento para 2006 de cerca de R\$ 50 bilhões, algo próximo a 4% do PIB nacional.

## V.3. NOTA IMPORTANTE: A RECEITA FEDERAL E OS *SHOPPING CENTERS*.

Até a pouco os *shopping centers* eram tributados unicamente pelo Imposto de Renda – Pessoa Jurídica, com a natural opção do contribuinte, pelo lucro presumido. Recentemente, houve ganho de causa que permite a tributação pelo PIS e Cofins. A fundamentação que permitiu esta vitória da Receita Federal é extremamente pertinente para nossa tese. Vide notícias abaixo.

### **“25/08/2006 - PIS/Cofins incidem sobre receita de aluguel de lojas em shopping center (Notícias STJ)**

As receitas provenientes da locação de lojas em *shopping center* integram a base de cálculo para a contribuição do PIS/Cofins. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) definiu o entendimento de que incide o tributo mesmo nos casos em que o valor do aluguel seja fixado em percentual sobre o faturamento dos lojistas.

A Seção uniformizou divergência configurada entre a duas primeiras turmas que apreciam direito público no STJ. De acordo com a Primeira Turma, era possível incidir a contribuição sobre as atividades de locação por esses valores integrarem o faturamento da empresa. Para a Segunda Turma, por outro lado, não haveria base tributável sobre receita decorrente da exploração de lojas em shopping.

A divergência foi suscitada pela Fazenda Nacional contra uma decisão que beneficiava o Shopping Jardins, de Pernambuco. Para a defesa do shopping, a parte recebida pelo empreendedor a título de locação corresponde a uma fatia do faturamento dos lojistas, que já pagam as contribuições. A

defesa alegava ainda que os contratos de locação em shopping eram diferentes dos convencionais e, por isso, não haveria divergência.

Para o relator, ministro Teori Zavascki, a circunstância de o imóvel estar em shopping center não desvirtua o contrato de locação. Também não desvirtua a peculiar cláusula relativa ao aluguel mensal - estipulado como percentual sobre a receita do lojista locatário. Tratar-se-ia de um simples modo de cálculo do valor do aluguel, que, ao contrário do que comumente ocorre, não seria um valor determinado, mas variável.

O relator considerou não haver dupla incidência do tributo no caso de locação em shopping, levando em conta que as contribuições são, em regra, de natureza cumulativa. De acordo com a Primeira Seção, ressalvadas as exceções previstas em leis, "o PIS e a Cofins podem incidir sobre o faturamento das pessoas jurídicas, mesmo quando tal faturamento seja composto por pagamentos feitos por outras pessoas jurídicas, com recursos retirados de receitas sujeitas às mesmas contribuições".

A decisão na Primeira Seção ficou em cinco votos a três. Votaram a favor da Fazenda os ministros José Delgado, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Zavascki e a ministra Denise Arruda. Em sentido contrário, votaram a ministra Eliana Calmon e os ministros Castro Meira e Humberto Martins."

**Disponível em** <<http://www.mail-archive.com/fiscosoft@grupos.com.br/msg00174.html>>. **Acesso em 01-10-2006.**

#### "BOLSO DO CONTRIBUINTE - INCIDE COFINS SOBRE LOCAÇÃO DE LOJAS EM SHOPPINGS

por Maria Fernanda Erdelyi

*A locação de lojas em shoppings gera receita e faturamento. Por isso, está sujeita à incidência da Cofins, já que o fato gerador da contribuição é a receita bruta. Com esse fundamento, o ministro Teori Zavascki conduziu o voto que deu ganho de causa à Fazenda Nacional e determinou a incidência da Cofins sobre a receita de locação de lojas de shoppings.*

*Os nove ministros da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça julgaram Embargos de Divergência em Recurso Especial proposto pela Fazenda Nacional para uniformização da jurisprudência do tribunal.*

*A 1ª Turma votava pela incidência da Cofins, argumentando que a locação deve ser tributada porque gera receita. A 2ª Turma entendia pela não incidência, alegando que o contrato de locação entre o lojista e o administrador do shopping era um contrato misto de convergência de interesses. O administrador recebe uma parte do faturamento das lojas, mas oferece a elas o marketing, a segurança e os serviços de limpeza e manutenção do local. E a cobrança da Cofins de ambas as partes do contrato geraria bi-tributação.*

*Em sustentação oral no STJ, o advogado o Shopping Center Jardins, de Aracaju (SE), usava o argumento defendido pela 2ª Turma, de que o contrato entre os lojistas e a administração do shopping é misto e representava uma convergência de interesse de ambas as partes.*

*A Fazenda, representada pelo procurador Alexandre Tavares, argumentava que o fato do aluguel ser cobrado na modalidade percentagem sobre o faturamento do lojista não significa que exista nenhuma espécie de sociedade entre a administração do shopping e os lojistas. Alegava, ainda, que o administrador e o lojista são pessoas jurídicas distintas e desenvolvem atividades empresariais distintas, cada qual com risco e faturamento próprio, afastando a possibilidade de sociedade ou comunhão de receitas.*

*"Com efeito, o aluguel percentagem nada mais representa do que um preço variável para remunerar o administrador do shopping center, o que não afasta a incidência da Cofins sobre as receitas decorrentes de tal atividade empresarial", sustentou a Fazenda.*

*Votaram pela incidência da Cofins os ministros José Delgado, Luiz Fux, João Noronha e Denise Arruda, acompanhando o voto do relator. Ficaram vencidos os ministros Humberto Martins, Castro Meira e Eliana Calmon.*

Eresp 727.245

Revista Consultor Jurídico, 10 de agosto de 2006

Fonte: [www.consultorjuridico.com.br](http://www.consultorjuridico.com.br)"

Disponível em <http://www.acrj.org.br/IMG/doc/doc-345.doc>, acesso em 01-10-2006.

## **VI. METODOLOGIA**

Segue abaixo um elenco de procedimentos e noções que, se sugere, sejam adotadas no tratamento da elisão com fins ao incremento das receitas próprias municipais.

**1. Detecção, acompanhamento e avaliação da situação de fato. Dimensionamento do setor econômico e das receitas elididas.**

É a situação de fato o que primeiro irá nos permitir a detecção da conduta do contribuinte no sentido de se furtar ao alcance da lei, a conduta elisiva. Treinamento, qualificação para a perspicácia, troca de informações e experiências com órgãos e entidades de outras localidades, até mesmo com outros países – a tributação comparada – e o suporte de adequados sistemas de informação computadorizados irão possibilitar aos representantes do Fisco a detecção das condutas elisivas.

Uma vez detectada, é necessária a análise da atividade econômica exercida pelos contribuintes, sua estruturação, suas fontes de recursos e de financiamentos, sua abrangência e representatividade dentro do setor em que atua. O conhecimento da história e da evolução de sua forma de organização, estruturação e de como formaliza juridicamente seu negócio são determinantes para a adequada atuação do Fisco.

**2. Avaliação da doutrina jurídica e jurisprudência. A importante noção da plausibilidade legal. O caminho do contraditório.**

Cabe-nos o mergulho na doutrina. Aí começam nossos maiores problemas. Como estamos lidando com elisão, provavelmente estaremos entrando numa área plena de controvérsias, sem pacificação, com grandes interesses em jogo. Deparar-nos-emos e confrontar-nos-emos com poderosos grupos políticos e empresariais, suportados pelos melhores escritórios de advocacia do país, a zelar pelo grande Capital. Esses grupos partem da premissa que, ao Capital, somente será possível alcançar a potência de sua plena realização, se liberado de ônus. Entretanto, obviamente, o embate não se dará no campo da ideologia.

O embate dar-se-á no campo do discurso e, como sabemos, diante de teses e argumentos tão admiráveis, eruditos e elaborados e de elocuições jurídicas tão vivas e refinadas corremos o risco de sucumbir. Diante de tantas antinomias e paradoxismos, prós e contras sustentados, estaremos plenamente convencidos de que a definição ou a solução que buscamos na doutrina não mais é do que não é, ou

que tanto é como não é, ou que nem é e nem não é<sup>51</sup>. Enfim, corremos o risco de encontrarmo-nos perplexos, atônitos e inertes. Noções e argumentos igualmente críveis, lógicos e coerentes que chegam a teses diametralmente opostas, isto é o que nos espera.

Um grande exemplo de capacidade de persuasão, competência e refinada erudição é o nosso admirável tributarista, Dr. Ives Gandra Martins. Advogado, capaz de bate-pronto em um debate, encaixar adequadamente a dinastia de Vespasiano, a dos Flávios, vinda em Roma após os cinco Cláudios, (GRECO, 2002a, p. 273).

O mesmo Ives Gandra discorre sobre a natureza jurídica das locações comerciais dos *shopping centers*, (MARTINS, 2004). E o faz, como sempre, com brilhantismo. Esclarece-nos noções, conceitos, antevê-nos situações. Instrui-nos, aparentemente de maneira desinteressada, contribuindo para o enriquecimento da doutrina. Sem nos darmos conta, ao final, saímos convencidos de que, na relação com os *shopping centers*, os locatários são quase nada e o Fisco menos ainda. Os locatários são comparados a “hóspedes”<sup>52</sup> do *shopping center* e a atividade de “locação” chega a ser considerada similar a *royalties*, mas sem a incidência dos incômodos tributos. A mensagem implícita é evidente para quem quiser perceber: que não se interponham os nefandos percalços (direitos do inquilino, direitos do consumidor, defesa contra o abuso de poder econômico, etc.), que não se vislumbre os importunos tributos.

Pobre país que, somado às suas inúmeras mazelas, possui a quase totalidade de seus doutrinadores mais capazes, recrutados pela iniciativa privada, laborando, despendendo seus esforços, talentos e reputação em detrimento do alcance tributário, justamente sobre quem mais tem condições de contribuir. Portanto, olha, repara, ausculta! Antes de erguermos pedestais e estelas a estes ilustres senhores, perguntemo-nos: a quem servem?

---

<sup>51</sup> Esse é o quadrilema de Pirro, conforme nos foi apresentado por Sexto Empírico. Pirro, filósofo grego, associado a um ceticismo radical, foi soldado nos exércitos de Alexandre Magno que percorreram a Ásia e, por fim, chegaram à Índia. Em função de seu contato com o pensamento dos gimno-sofistas hindus e influenciado por eles, Pirro teria concebido esse quadrilema. Na verdade esses lemas já podiam ser encontrados, mesmo que de modo esparso, na tradição filosófica ocidental como em Heráclito (“tanto é como não é”), Platão (“não mais é que não é”) e Demócrito (“nem é, nem não é”).

<sup>52</sup> De nossa parte, consideramos interessante compararmos a administração do *shopping center* ao Estado com seu poder de polícia fiscal, sua tributação, sua força de segurança interna e a suposta gestão do bem comum.

Conta-nos a tradição que o reputado filósofo ateniense Carnéades (c.214-129 a.C), líder da Nova Academia<sup>53</sup>, por ocasião de uma embaixada a Roma, escandalizou o Senado. Durante dois dias consecutivos, palestrou sobre a Justiça para um público ávido de sabedoria. No primeiro dia defendeu brilhantemente a Justiça e sua natureza imutável; no segundo, com igual denodo, atacava-a a favor da conveniência que se podia extrair dela. Qual o discurso verdadeiro? Não importa, o objetivo foi o de demonstrar que pelo discurso, pela eloquência é possível sustentar teses diametralmente contraditórias com igual capacidade de persuasão.

Entretanto Carnéades não era de um ceticismo radical como o de Pirro<sup>54</sup>. Seu ceticismo não conduz ao risco da completa paralisia. A originalidade de Carnéades se baseia no conceito do plausível (*to pithanon*), que pode ser concebido com maior clareza como o que é aceitável, ou como aquilo que se deve ter em conta para agir.

Diante do indeterminado jurídico, essa noção do plausível é fundamental para nós. Ao Fisco não é dada competência de definir em última instância o que é legal, o que é o justo. Ao Fisco é dado o dever e a peremptória necessidade de agir dentro da plausibilidade legal. Do contrário, pecará por omissão, ineficiência e, conseqüentemente, por estar contribuindo para a degradação do sistema tributário e para o incremento da desigual distribuição da riqueza nacional.

A doutrina é um referencial, mas, em matérias controversas, com tanto em jogo, talvez nos sirva apenas para não nos deixar agir. O que nos resta? Obviamente, a jurisprudência e nossas instituições jurídicas. Se a jurisprudência para a questão específica for inexistente, insuficiente, contraditória ou mutável façamos uso da lei ordinária, do ato administrativo e lidemos com as conseqüências. Estando prontos, fundamentados e aparelhados para a defesa de nossas posições, isto é, do que consideramos plausível, lancemos-nos ao contraditório. Tomemos uma atitude, não *in dubio pro fisco* e nem *in dubio contra fiscum*, mas ajamos dentro de nosso próprio critério de plausibilidade e, se for o caso, que a correção desse critério seja colocada à prova em nossos tribunais. Somente de nossos magistrados

---

<sup>53</sup> Herdeira da *Academia* de Platão, embora não platônica.

<sup>54</sup> O ceticismo de Pirro (c.365-275 a.C.) é (discutivelmente) acusado de levar-nos à paralisia. É Pirro que recupera para a tradição filosófica ocidental alguns fragmentos do discurso “Sobre o não-ente”, de Górgias de Leontinos (c.483-376 a.C.). Neste discurso, que não se sabe se foi um exercício de retórica ou teve uma efetiva intenção de afirmar a impossibilidade da existência da natureza, Górgias proclama: “nada existe, se existe não pode ser apreendido, se for apreendido não pode ser comunicado.”

podemos e devemos esperar a devida isenção e imparcialidade na análise dos fatos perante a lei e os princípios basilares da Justiça.

### **3. Avaliação da natureza jurídica dos contratos.**

Ficou patente a importância da análise da natureza jurídica dos contratos, em vista da determinação das características e da necessidade de se determinar a presença de simulação, dissimulação ou negócio jurídico indireto. Tal análise ainda poderá sustentar a hipótese do abuso de forma ou do abuso de direito a fim de tornar patente a presença da conduta elisiva do contribuinte.

### **4. Tipificação do fato gerador.**

Uma vez identificada a conduta elisiva do contribuinte, é fundamental tipificar a atividade sujeita à tributação. Por exemplo, no caso de serviços sujeitos ao ISSQN, é necessário o enquadramento do serviço na lista de serviços da Lei Complementar 116/2003.

### **5. Procedimentos de desconsideração de atos ou negócios jurídicos.**

Como vimos no capítulo III, a Lei Complementar 104/2001 vem sendo analisada no que diz respeito à sua aplicação à fraude à lei e ao abuso de forma e não apenas à simulação<sup>55</sup>. O assunto abordado é bastante polêmico, controverso, escapa ao controle da objetividade, extrapola o aspecto material e vai de encontro à imaterialidade e subjetividade da intenção.

Alguns desses estudos têm priorizado o exame de seu alcance e decorrências e avalia a necessidade de edição de leis ordinárias para regular sua aplicação, principalmente, pelo que diz a parte final do parágrafo único introduzido no artigo 116 do CTN. Em palestra proferida no Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal, o Dr. Marco Aurélio Greco apresenta a seguinte prospecção de *lege ferenda*<sup>56</sup>, visando traçar diretrizes para as leis ordinárias a serem editadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

*“O primeiro passo a dar creio ser deixar nítida a estrutura do dispositivo em questão. Nele podem ser identificadas três partes distintas:*

---

<sup>55</sup> No contexto desta palestra, (GRECO, 2002b), aparentemente, o Min. Marco Aurélio trata a simulação como similar à dissimulação.

<sup>56</sup> Refere-se à lei a ser promulgada, a ser criada.

- a) **atribuição** de uma **competência administrativa** (“a autoridade administrativa poderá desconsiderar”);
- b) a **definição** de uma **parcela da realidade** que, ao mesmo tempo, será pressuposto de emanação do ato de desconsideração e objeto desse próprio ato (= “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária”); e
- c) a **disciplina do exercício da competência** que, embora se manifeste na emanação de um ato, deve resultar de um procedimento administrativo (=“observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”).” (GRECO, 2002b).

Essa abordagem se concentra no exame da competência para desconsiderar os atos ou negócios realizados e nas condições para seu exercício, e traz elementos para o debate sobre o perfil que, no seu entendimento, deve ser traçado nas leis ordinárias previstas no dispositivo, e com isto, contribuir para uma análise a mais extensiva possível da questão. Para isso, o autor considera a eficácia da norma em si a que se refere o parágrafo único do artigo 116, à luz da classificação das normas jurídicas<sup>57</sup>, e examina a possibilidade de serem aproveitados os procedimentos já disciplinados na legislação vigente.

Entretanto, conclui que é necessária a edição de lei ordinária específica, que disponha sobre a matéria, em função da própria redação da última linha do parágrafo único do artigo 116, “a serem estabelecidos em lei ordinária”. Segundo o autor, se o legislador quisesse permitir que fossem aproveitados procedimentos já disciplinados em legislação vigente, não teria se expressado com o verbo no futuro.

## **6. Procedimentos complementares - Marketing da ação fiscal e aproximação com Procuradoria Municipal e Ministério Público.**

Estaremos enfrentando adversários poderosos que mobilizarão profissionais competentes, a mídia, *lobby* político, etc. Portanto, serão necessárias uma junção e uma articulação de forças para sustentar a ação fiscal e justificá-la perante a opinião pública a fim de captar-lhe o apoio. Na possibilidade de edição de lei ordinária, será necessária a adoção de procedimentos para captar o apoio da Câmara Municipal.

---

<sup>57</sup> Classificação das normas jurídicas em: eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

## VII. CONCLUSÃO

O combate efetivo, eficiente e concreto contra a elisão tributária é instrumento de justiça e contribui para a constituição de uma sociedade mais igualitária, baseada em níveis mais razoáveis de distribuição de renda e na justa concorrência econômica.

A Norma Geral Antielisiva, na Lei Complementar 104/2001, permite evitar ou pelo menos minorar os efeitos do planejamento tributário das empresas com suas tentativas de elisão que levam à redução da contribuição, justamente para aqueles que têm maior capacidade contributiva.

A metodologia aqui propugnada, apresentada e ilustrada permite que o Fisco fundamente sua ação na plausibilidade legal, identifique as condutas elisivas, traga à luz o fato gerador, tipifique as atividades sujeitas à incidência tributária e crie dispositivos legais que sustentem mais ainda o lançamento tributário, concretizando o alcance tributário a atividades até então ocultas, dissimuladas.

Para fins de ilustração e imediato alcance pelo Fisco, o estudo foi focado no levantamento de informações e análises no setor econômico dos *shopping centers*. Estes representam um segmento que, de acordo com previsões, irá faturar um montante de pelo menos R\$50 bilhões em 2006, com uma participação de aproximadamente 4% no PIB nacional. Então, o presente trabalho já permitirá um incremento significativo das receitas próprias municipais naqueles municípios que possuírem, instalados em suas áreas, empreendimentos significativos deste setor.

O presente trabalho demonstra que os instrumentos legais utilizados pelos empreendedores-administradores dos *shopping centers*, tanto para constituir e estruturar o empreendimento, quanto para formalizar as relações com os lojistas, possuem a finalidade intrínseca de evitar ou diminuir o pagamento de tributos sem que haja qualquer justificativa econômica. No caso, ocultam, dissimulam serviços que os empreendedores-administradores dos *shopping centers* prestam aos lojistas. Fica patente a existência do negócio jurídico indireto e o abuso de forma. A análise permite e sugere que se tipifiquem esses serviços na rubrica 3.03 da Lista de Serviços editada pela Lei Complementar 116/2003.

O principal mérito dessa monografia é apresentar e desenvolver conceitos, noções e métodos que possuem alcance e aplicabilidade ampla e geral. Tal método pode ser utilizado no tratamento de todas condutas elisivas.

## BIBLIOGRAFIA

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. Editora Saraiva, 12<sup>a</sup>. Edição.
- ALVAREZ, Regina (2004). “Consumo no Brasil paga mais imposto que em países ricos”. Reportagem do *Jornal O Globo*, Caderno Economia, 22-08-2004. Disponível em <[http://www.unafisco.org.br/noticias/boletins/2004/agosto/anexo\\_1706\\_globo.htm](http://www.unafisco.org.br/noticias/boletins/2004/agosto/anexo_1706_globo.htm)>, acesso em 30-09-2006.
- ALVES, José Carlos Moreira (2002). “Figuras correlatas: abuso de forma, abuso de direito, dolo, negócios jurídicos simulados, fraude à lei, negócio indireto e dissimulação”. In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001, p. 61-77.<sup>58</sup>
- AZEVEDO, Álvaro Villaça (2001). “Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=405>>, acesso em 30-09-2006.
- BALSINI, Ricardo Viana (2002). *Locação em Shopping Center: Aspectos Controvertidos*. Tese de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. Disponível em <[http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Ricardo\\_Balsini.PDF](http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Ricardo_Balsini.PDF)>, acesso em 05-10-2006.
- BASÍLIO, João Augusto (2005). *Shopping Centers*. Renovar, 2005
- BATISTA JR. Onofre Alves<sup>59</sup> (2002). *O Planejamento Fiscal e a Interpretação no Direito Tributário*. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.
- BESSONE, Darcy. “O shopping na Lei do Inquilinato”. *Revista dos Tribunais*, n<sup>o</sup> 680, p. 23-33.
- BONILHA, Paulo Celso B (2002). “Os limites da lei regulamentadora, a possibilidade de criação de presunções legais e o papel das provas indiretas”. *do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal* Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001, p. 275-295. (ver nota 58)
- BORGES, José Souto Maior (2002). “A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional (objeto da norma, efeitos na aplicação, fundamentos e limites, abrangência, pressupostos, avaliação de motivos, condição de aplicação)”. In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal* p. 211-243. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. (ver nota 58)
- BRITO, Edvaldo (1998). “Interpretação econômica da norma tributária e o planejamento tributário”. In *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 1998.

---

<sup>58</sup> Disponível em

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioInter/AnaisSeminarioInterElisaofis2002.pdf>>, acesso em 01-08-2006.

<sup>59</sup> Procurador da Fazenda Estadual de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa e Doutorando em Direito Administrativo

- BOGO, Luciano Alaor (2005). *Elisão Tributária: Licitude e Abuso do Direito*. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (2006). “A Impossibilidade de Existência de Norma Geral Antielisiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. *Revista Internacional de Direito Tributário*, janeiro/julho de 2006, p. 245-. Associação Brasileira de Direito Tributário, Editora Del Rey, 2006.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (2002). “Teoria da evasão e da elisão em matéria tributária”. In *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 2002.
- COSTA, Jorge Costa (2002). “Esboço da história do tratamento da elisão fiscal”. In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 15-27. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- D’ANDREA, Giulano. *Aluguel em shopping centers*. Disponível em: <<http://www.dandrea.adv.br/textoszip/aluguelshopping.zip>>, acesso em 01-05-2006.
- DINIZ, Maria Helena (1996). *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. Segunda Edição, Ed. Saraiva, 1996.
- GOMES, Henrique Ferreira; PORTUGAL, Licínio da Silva e BARROS, Júlio M. A. Monteiro de (2004). “Caracterização da Indústria de *Shopping Centers* no Brasil”. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 281-299, set. 2004. Disponível em: <<http://www.bndespar.gov.br/conhecimento/bnset/set2006.pdf>>, acesso em 05-10-2006.
- GRECO, Marco Aurélio (2002a). “As Repercussões da norma antielisão nos Procedimentos e no Processo Tributário. (Os procedimentos para desconsideração dos atos e negócios jurídicos, fiscalização e lançamento)”. In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 245-273. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- GRECO, Marco Aurélio (2002b). “Procedimentos de Desconsideração de Atos ou Negócios Jurídicos - O Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN”. In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 413-433. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- GRECO, Marco Aurélio (2001). “Constitucionalidade do Parágrafo Único do Artigo 116 do CTN”. In, *O Planejamento tributário e a Lei Complementar 104*, Valdir de Oliveira Rocha (Coord.). Dialética , 2001.
- GRIZIOTTI, Benvenuto. *Princípios de Política, Derecho y Ciencia de la Hacienda*. Buenos Aires: Depalma, 1935.
- GUIMARÃES, Daniel de Carvalho (2001). *Planejamento Fiscal e Interpretação Econômica Aplicada ao Direito Tributário*. Monografia de graduação, Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, agosto, 2001.
- HUCK, Hermes Marcelo (1997). *Evasão e elisão: rotas nacionais e internacionais do planejamento tributário*. Saraiva, São Paulo, 1997.
- JACOMINO, Sérgio. *Shopping Centers – Condomínio civil pro indiviso. Registro da convenção em Registro de Imóveis ou Títulos & Documentos? In Boletim*

- Eletrônico do IRIB*, nº. 509 de 28/06/2002. Disponível em <<http://www.controlm.com.br/artigos/001.asp>>, acesso em 30-09-2006.
- JOBIM, Nelson Azevedo (2002). "Os limites da interpretação da lei tributária e o papel do Poder Judiciário". In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 79-105. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- MARINI, Celso. "Shopping center". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=609>>, acesso em 30-09-2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (2004). *A Natureza Jurídica das Locações Comerciais dos "Shopping Centers"*. Disponível em <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2004/JULHO/0907/ARTIGOS/A08.htm>>, acesso em 30-06-2006<sup>60</sup>.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (2002). Norma Antielisão é Incompatível com o Sistema Constitucional Brasileiro". In *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 2002.
- MELO, José Eduardo Soares de (1998). Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104". In *O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 2002.
- MIRANDA, Maria Bernadete. *Shopping Center na Lei nº. 8.245/91*. Disponível em <<http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/artigo7.pdf>>, acesso em 05-10-2006.
- MOACY, Gustavo Bueno. *Shopping Centers: Atualidade Brasileira da Tendência Mundial*. Disponível em <<http://www.senac.br/informativo/BTS/232/boltec232e.htm>>, acesso em 30-09-2006.
- MONETTI, Eliana (1995). *Análise de Riscos de Investimentos em Shopping Centers*. Tese de Doutorado, Escola Politécnica da USP, 1995, 270 pgs.
- NAHRA FILHO, Willian Robert. *Norma Geral Antielisiva Encartada no Código Tributário Nacional – O Confronto Entre o Princípio Da Capacidade Contributiva e a Regra da Tipicidade Fechada e a Pretensa Tributação Por Analogia*. Monografia, UEL.
- NOGUEIRA, Johnson Barbosa (2002). *A teoria da interpretação econômica frente ao princípio da legalidade*, p. 43-59 . In *Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- NUNES, Jorge Vinícius Gobira (2002). *A Cessão do Direito de Integrar a estrutura técnica x a locação em shopping center – A relação entre os contratos*. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da UFMG, 2002.

---

<sup>60</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva, "A natureza jurídica das locações comerciais dos "shopping centers" - *Shopping Centers : questões jurídicas : doutrina e jurisprudência* - coordenação: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando Albino de - São Paulo - Saraiva - 1991, pg. 79.

- OLIVEIRA, Juarez (1987). *Código Tributário Nacional*. Editora Saraiva, 2ª. Edição, 1987.
- OLIVEIRA, Renan Coelho de. *Exame e distinções conceituais de figuras correlatas ao planejamento tributário*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6274>>, acesso em 01-08-2006.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de (1998). “A Elisão Fiscal ante a Lei Complementar 104”. *In O Planejamento Tributário e a Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 2002.
- PADILHA, Valquíria (2006). *Shopping Center – a catedral das mercadorias*. Editora Boitempo, 2006.
- PEREIRA, César A. Guimarães (2001). *A Elisão Tributária e a Lei Complementar nº 104/2001*. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, vol. I, nº 8, novembro de 2001, Salvador, BA, Brasil. Disponível em <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-CESAR-GUIMARAES-PEREIRA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_8/DIALOGO-JURIDICO-08-NOVEMBRO-2001-CESAR-GUIMARAES-PEREIRA.pdf)> , acesso em 30-09-2006.
- PINTO, Roberto Wilson Renault (2001). *Shopping Centers – Encargos de Locação*. Disponível em <[http://www.felsberg.com.br/AreaAtuacao/imobiliario\\_consultas.asp](http://www.felsberg.com.br/AreaAtuacao/imobiliario_consultas.asp)>, acesso em 01-10-2006.
- QUEIROZ<sup>61</sup>, Francisco de Sales Ribeiro de. *Considerações acerca do art. 11 da mp. 232, de 30/12/2004, relativo à tributação das pessoas jurídicas prestadoras de serviços*. Disponível em <<http://www.unafisco.org.br/tributacao/47/report3.htm>>, acesso em 01-08-2006.
- RAMOS, Marcos Henrique G. e FREITAS, Pablo Assis (2000). *A importância dos Shoppings Centers na carteira imobiliária dos Fundos de Pensão*. Monografia do curso de Pós-Graduação em Controladoria e Finanças, Universidade Federal Fluminense, 2000.
- REIS, Nazareno César Moreira (1995). *Sobre a Natureza Jurídica do Contrato de Shopping Center*. Universidade Federal do Piauí. Disponível em <<http://www.uj.com.br/online/forum/default.asp?action=discussao&idforum=1300&iddiscussao=2889>>, acessado em 30-09-2006.
- RIBEIRO, Roberto Name<sup>62</sup> (2005). “Carga Tributária”. Palestra proferida no *// Seminário de Política Tributária*. Brasília, junho, 2005.
- RODRIGUES, Walter Piva (2002). “Os limites da lei regulamentadora, a possibilidade de criação de presunções legais e o papel das provas indiretas”. *In Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 285-295. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. <sup>(ver nota 58)</sup>
- ROLIM, João Dácio (1998). “Considerações gerais sobre a norma geral antielisiva introduzida pela Lei Complementar 104/2000”. *In O Planejamento Tributário*

<sup>61</sup> Auditor-Fiscal da Receita Federal. Conselheiro do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

<sup>62</sup> Chefe da Divisão de Estudos Tributários da Secretaria da Receita Federal.

- e a *Lei Complementar 104*, coord. Valdir de Oliveira Rocha. Dialética, São Paulo, 2002.
- SANTOS, Angela Maria M., COSTA, Cláudia Soares, CARVALHO, Rodrigo Estrella de (1996). *O crescimento dos shopping centers no Brasil*. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 4, set., 1996. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/bnset/shopping.pdf>>, acesso em 01-08-2006.
- SILVEIRA, Ana Cristina. *A Natureza Jurídica do Parágrafo Único do Artigo 116 do Código Tributário Nacional e o Controle da Elisão Tributária*. Disponível em <[http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo\\_Ana%20Cristina%20Silveira.rtf](http://cedit.pge.rs.gov.br/download/Artigo_Ana%20Cristina%20Silveira.rtf)>, acesso em 30-09-2006.
- TORRES, Ricardo Lobo (2002). “A Norma antielisão, seu alcance e as peculiaridades do Sistema Tributário Nacional (objeto da norma, efeitos na aplicação, fundamentos e limites, abrangência, pressupostos, avaliação de motivos, condição de aplicação”. *In Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 197-209. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. (ver nota 58)
- TRÊS, Celso Antônio (2005). “Tributo e o minado périplo da elisão, evasão, sonegação, prisão”. *Juristas.com.br*. João Pessoa, a. II, n. 52, 16/12/2005. Disponível em <<http://www.juristas.com.br/revista/coluna.jsp?idColuna=1075>>, acesso em 01-10-2006.
- VILLELA, Luz A. (2002a). “Aspectos Econômicos da Elisão Fiscal”. *In Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 301-307. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. (ver nota 58)
- VILLELA, Luiz Arruda (2002b). “Significado econômico da elisão tributária: perda de receita, distorções econômicas, deslocamento da carga tributária, repercussões na política fiscal e na justiça fiscal”. *In Anais do Seminário Internacional Sobre Elisão Fiscal*, p. 29-41. Secretaria da Receita Federal, Esaf, Brasília, período de 6 a 8 de agosto de 2001. (ver nota 58)
- VIOL, Andréa Lemgruber (2005). “A Finalidade da Tributação e sua Difusão na Sociedade”. *II Seminário de Política Tributária*. Brasília 27 a 29 de junho de 2005. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/Eventos/SeminarioII/Texto02AFinalidadedaTributacao.pdf>>, acesso em 30-09-2006.
- WENDT, Paulo Henrique. “Aspectos destacados dos shopping centers”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=611>>. Acesso em: 30 set. 2006.
- XAVIER, Alberto Santos Pinheiro (2001). *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. Dialética. São Paulo, 2001.